



TRABAJO FIN DE GRADO

EL INTERÉS DEL MENOR EN LOS CONFLICTOS MATRIMONIALES

Autor: D^a. María Victoria López Pérez

Tutor: D^a. Ana María Pérez Vallejo

GRADO EN DERECHO

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

Almería, Diciembre de 2016

ÍNDICE

I.	INTRODUCCION.....	3
II.	EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INTERÉS DEL MENOR.....	4
	1. Relevancia reciente del interés del menor y su implementación en el actual derecho de familia	
	1.1 El interés del menor tras la constitución de 1978	
	1.2 El interés del menor en la LO 1/1996, de enero, de Protección jurídica del menor. Reformas significativas tras la LO 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia	
III.	EL INTERÉS DEL MENOR EN LAS RELACIONES PATERNO-FILIALES.....	11
	1. El interés del menor exige el ejercicio conjunto de la patria potestad tanto durante la convivencia o cuando viven separados	
	2. Diferencias entre guarda y custodia y la patria potestad	
IV.	EL INTERÉS DEL MENOR EN EL PROCESO CONTENCIOSO DE FAMILIA.....	17
	1. El interés del menor como concepto jurídico indeterminado	
	2. Atribución de la guarda y custodia	
	3. Modelos de reparto de la convivencia	
	- <i>La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores</i>	
	- <i>La guarda distribuida de los hijos o guarda alterna</i>	
	- <i>La guarda atribuida a un tercero</i>	
	- <i>La guarda custodia conjunta o compartida o sucesiva</i>	
	3.1 Guarda y custodia <i>individual</i> y “ <i>régimen de visitas</i> ”	
	3.2 Guarda y custodia compartida	
	a) Aproximación a su concepto y principios informadores	
	b) Modalidades y criterios legales y jurisprudencias para su atribución	
	c) Causas legales de inadmisión de la custodia compartida	
V.	ASPECTOS CONEXOS A LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA: USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y ALIMENTOS.....	37
	1. La atribución del uso de la vivienda familiar	
	2. La pensión de alimentos	

CONCLUSIONES.....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	49
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA	51

I.- INTRODUCCIÓN

Alcanzado mi último año de carrera, debía decidir el tema del cual debía realizar el presente trabajo. El principal motivo por el cual decidí escoger este tema fue la constante evolución social que hemos experimentado en los últimos años, la cual ha afectado de manera significativa al aumento de rupturas matrimoniales, duplicándose en los últimos 10 años y convirtiéndose en unos de los principales problemas de las familias en España, y en consecuencia a los hijos de éstas, generándole dramas y fracasos personales.

Según el último estudio del Instituto de Política Familiar sobre la evolución de la familia se producen al día 294 rupturas, de las que 276 son divorcios y 14 separaciones, que afectan a 267 hijos cada 24 horas y de estos 232 son menores de edad, es decir el divorcio afectó en 2015 a casi 100.000 niños españoles, 10.000 más que en 2014.¹

Por lo cual viendo estos índices podemos observar que es un tema de gran interés en la actualidad, el cual está generando un problema en nuestra sociedad, viéndose afectados especialmente los menores. Porque no podemos olvidar, que esas rupturas de los progenitores suponen un cambio radical en el entorno material y afectivo del menor.

A este respecto es importante subrayar algo obvio, pero fundamental, y es que cuando se produce la ruptura de una relación de pareja sin hijos en común, una vez disuelto, en su caso, su vínculo matrimonial y liquidadas sus relaciones económicas, estas personas serán completamente independientes la una de la otra. En cambio, cuando se produce la ruptura de una relación de pareja con hijos, éstas seguirán manteniendo toda la vida un vínculo indisoluble: la filiación de los hijos comunes. De modo que sus relaciones familiares no se terminaran por completo, si no que será preciso reorganizarlas y adecuarlas a su nueva situación personal, tratando de hacerlo de la forma más respetuosa con el interés superior de los hijos menores, y sin menoscabar ni obviar los derechos ni deberes de ninguno de los progenitores para con ellos.² Así mismo, las causas que provocan conflictos durante la convivencia de la pareja y que dan lugar a la ruptura del matrimonio, no deben repercutir en los deberes que tienen los progenitores para con sus hijos, puesto que éstos no son parte en términos contractuales de dicha relación.³

Por desgracia, la realidad no se muestra así, cada vez vemos más ejemplos de que cuando se produce una ruptura de pareja normalmente no acaban de manera amistosa, utilizando a los hijos para herirse el uno al otro, sin darse cuenta de las consecuencias perjudiciales que ello tendrá para su futuro desarrollo personal, psicológico y afectivo, y

¹ http://www.elespanol.com/espana/20160511/123987828_0.html

² GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio". En Aspectos actuales de la protección jurídica del menor". Pamplona, 2008, p. 45

³ Criterio compartido por VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, "Matrimonio y Divorcio", Edit. Dijusa, Madrid, 2005, p. 167.

a menudo con menoscabo al derecho del otro progenitor a continuar relacionándose y manteniendo una relación afectiva, lo más estable posible con sus hijos.⁴

En este contexto, los cambios socioculturales y los nuevos planteamientos ético-familiares han supuesto una alteración de los roles tradicionales que ha dado lugar a una importante transformación del Derecho de familia. Esta nueva visión de la realidad ha conllevado a un crecimiento socio-jurídico del menor como sujeto pleno de derechos fundamentales, el cual ha dado lugar a una legislación específica para su protección y defensa, reforzando su posición sociofamiliar.⁵ Así, al igual que ha ido evolucionando la sociedad ha ido evolucionando el derecho de la familia, sometándose a constantes modificaciones prevaleciendo el interés del menor.

El objetivo del presente trabajo es analizar las consecuencias que tiene para los padres e hijos las crisis matrimoniales y como afecta al interés del menor. Para lo que será necesario analizar brevemente la evolución que a lo largo de la historia ha tenido el interés del menor, ya que sin conocer la historia no podemos hablar en el presente. Este estudio no puede prescindir del marco normativo a que se refieren los preceptos de derecho público y privado desde distintas perspectivas al interés del menor. Teniendo como objetivo principal el análisis jurídico de las medidas que se adoptan en el órgano jurisdiccional en materia de separación o divorcio, principalmente cuando existan hijos en común, así deberán decidir sobre la patria potestad, la guardia y custodia, el régimen de visitas, así como los efectos materiales como son la atribución del uso de la vivienda y la pensión de alimentos.

⁴ GARCÍA GARNICA, María del Carmen. “La necesaria salvaguarda del interés del menor ante las rupturas parentales”, Granada, p. 2.

⁵ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel, La patria potestad y la libertad de conciencia del menor, Edit. Tecnos, Madrid, 2006, p. 17 y 18

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INTERÉS DEL MENOR

Con carácter preliminar cabe reseñar que a nivel internacional, son muchos los convenios los que se han ocupado del interés del menor. En primer lugar convendría destacar la Convención sobre derechos del niño,⁶ Tratado Internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, el cual dota de protección a los niños. Ya en su preámbulo señala que *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*. Reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, y reconoce a los niños como *sujetos de derecho*, entendiendo por niño en su artículo 1 que *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”* Particular atención merece el art. 3. cuando señala que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”* siendo aquí donde aparece por primera vez mencionado el interés superior del menor. Igualmente el art. 9 de la Convención de Derechos del Niño, consagra el derecho de todo niño/a a tener contacto y relacionarse con ambos progenitores y en el art. 12 el derecho del menor a ser escuchado y a que su opinión sea valorada y tenida en cuenta a la hora de adoptar una medida que le pueda afectar...”

En el ámbito europeo, la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de Septiembre de 1992 recoge el interés del menor como consideración primordial, señalando en su artículo 24 que *“en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”*.

En nuestro Ordenamiento jurídico, el interés del menor no solo está presente en normas concretas, sino que constituye un principio general que determina que cuando esté en juego el interés del menor habrá de imponerse éste sobre otras soluciones, a menos que haya razones justificadas suficientemente que demuestren la necesidad de la medida restrictiva que ha de ser proporcionada al caso.

Debemos de partir especialmente del marco normativo de la Constitución Española de 1978, especialmente del art. 39 CE, que establece *la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de las familias, en especial de los menores de edad, de conformidad, con los acuerdos internacionales que velan por los derechos*. En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal en el marco de sus

⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

competencias, ha regulado las instituciones jurídicas públicas y privadas sobre las que se asientan la protección del menor.

En cuanto a las normas concretas y con carácter general, nos encontramos en nuestro Código civil aquellas relacionadas con el interés del menor, entre otras destaca especialmente el art 20.2 a) relacionado con la nacionalidad, los arts. 90.1 b), 92.4 y 8, y 103.1º relacionados a las crisis matrimoniales, el art. 149 sobre alimentos entre parientes, arts. 154.2º, 156.5, 156.5º, 159, 161, 170 sobre la patria potestad, arts. 125, 121 y 124 sobre reconocimiento de la filiación, los arts. 172.4, 173.3 y 4, 173 bis.2º sobre guarda y acogimiento, los arts. 176.1, 180.2 y 9.5.2º sobre adopción, los relativos a la tutela, arts. 216.2º, 234.2º, 235, 239, 245, 246 y sobre la guarda de hecho art. 340 C.c. Estos preceptos aluden de forma explícita al interés del menor, pero el Código civil recoge también otros en los que se alude de forma implícita a este interés.

La legislación autonómica también se preocupa por la protección de la persona y los derechos del menor, al amparo de la competencia legislativa civil que reconoce el art. 149.1.8º CE, a ciertas comunidades autónomas, porque la protección de menores es, según la Constitución, una de las competencias que las Comunidades Autónomas podrán asumir (art. 148.1.20.ª «asistencia social») y que han asumido prácticamente todas.⁷ Incluso en el ámbito penal, cabría destacar la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y la reciente Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, descansan en la prevalencia de lo que resulte más beneficioso para el menor.

1. Relevancia reciente del interés del menor y su implementación en el actual Derecho de familia

Del interés del menor o del *favor minoris*, como standard jurídico y como principio general no hace mucho que se habla en el Derecho privado español y, en general, en el mundo jurídico occidental. El término era usado antes en Derecho de familia, en ámbitos concretos, con tintes éticos (*favor legitimitatis*, en la determinación de la filiación) o de tipo social o familiar (el *favor filii*, frente al interés de los padres, cuando la patria potestad fue considerada un *officium* más que un *beneficium*), y con perspectiva y aplicación limitada.

Hoy la cuestión es distinta. Por un lado, frente a una visión paternalista tradicional que concedía al menor un *status* de persona meramente protegida, una concepción moderna, actual, orienta la protección confiriéndole, el status de persona autónoma, partícipe principal en la concreción de su propio interés. Por otra parte el interés del menor, es uno de los principios y valores emergentes del moderno Derecho de la persona y de familia, que inunda todo su régimen legal, alcanzando a otras partes de nuestro ordenamiento (procesal, administrativo, penal...). Al mismo tiempo que el interés del menor ha sido objeto de atención por otras Ciencias humanas.

⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “El interés del menor”, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, p. 33.

Paralelamente a esa ascensión y desarrollo ha habido también cierto abuso del término, mal empleado a veces, y de la idea del interés del menor. Las razones de esta ascensión, son que debido a la relevancia que ha adquirido el interés del menor y la correspondiente eclosión legislativa, el derecho en años recientes, le ha dado más importancia a la infancia y a los menores, como resultado de estudios psicológicos, que en el orden jurídico se ha traducido en una potenciación de los valores personales del niño⁸, en contraste con lo que ocurría anteriormente, en que la situación jurídica del menor quedaba institucionalizada meramente como estado civil. Se trata de lo que se ha llamado revalorización del menor en su calidad de persona.

1.1.- Interés del menor tras la Constitución de 1978

A partir de 1978, en nuestro país, ascienden al plano jurídico nuevos valores ideológicos y éticos-sociales, y la Constitución⁹ garantiza la protección integral de los hijos y obliga a los padres a prestarles asistencia de todo orden (Art 39.2 y 3), además de afirmar que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (Art 39.4 C.E.), lo que ha obligado a trasladar estos mandatos constitucionales y de los Convenios Internacionales a leyes ordinarias en varios ámbitos jurídicos, en forma de normas.

Uno de los cambios acaecidos en nuestra sociedad en las dos últimas décadas, que cabe mencionar, es el de la quiebra del modelo jerárquico de la familia y una mayor y mejor ponderación de los valores personales; entre ellos el de la posición del menor tanto en la familia como en la sociedad, cuyo papel participativo en su propia maduración y formación y en las decisiones y opciones vitales es reconocido hoy por psicólogos, sociólogos y juristas.

⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la exposición de motivos nos dice: “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad.”

⁹ El artículo 39 de nuestra Constitución garantiza que: *1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

El ascenso general en el mundo occidental de los derechos de la personalidad, unido a las causas socioeconómicas, han hecho cambiar la vida del hombre y obligado a valorar de forma especial ciertas etapas de su vida, sobre todo las más decisivas en la definición de su propia identidad y personalidad futura. Los valores individuales, la autonomía de cada ciudadano para dirigir su propia vida y ejercer sus opciones más trascendentes según su voluntad y sin coerciones exteriores, eran incompatibles con una mentalidad y normas que primaban otrora una autoridad fuerte y anulaban en buena medida la personalidad de los sometidos, en particular, de los hijos *in potestate*.

Esa incompatibilidad y la superación del autoritarismo en la familia ha obligado a redistribuir las funciones de sus miembros y rediseñado los roles individuales y familiares en un nuevo orden familiar, llevando la igualdad de los cónyuges y la cotitularidad de la patria potestad a la vida familiar y a cambiar drásticamente la concepción de dicha potestad y el papel y personalidad del hijo en la familia. Esa “revolución familiar” ha trascendido a toda la sociedad, la cual, mucho más atenta ahora a las necesidades de toda índole del niño sencillamente como persona (menor) y, en particular en cuanto a la personalidad vulnerable y en formación, y adulto futuro.

En ese marco ideológico y social de fondo, aparece con fuerza el interés superior del menor, el cual, destaca ahora por la nueva valoración que de él se hace más allá del ámbito familiar, siendo elevado al rango de principio general informante de nuestro sistema jurídico. Todo ello se ha trasladado en primer lugar a normas recientes que han tenido que reconsiderar los nuevos componentes e intereses existentes en las relaciones familiares y, en general, en todas las relaciones interpersonales en las que participen los menores, y abordar de otra manera los conflictos de intereses bajo la bandera de la primacía del interés del menor.

Cuando se trata de buscar alguna precisión racional y concreción jurídica el concepto de interés del menor, resulta inaprensible; la expresión deviene tan polisémica y sutil que resulta enormemente difícil traducirla al lenguaje jurídico como veremos más adelante.¹⁰

Como decimos, la evolución ideológica y social aflora en nuestra Constitución de 1978, y se traduce en normas, primero constitucionales, y luego pasan al Código civil con motivo de las leyes de reforma de 1981 que modificaron profundamente el Derecho de la persona y de familia (en particular, la de 13 mayo y 7 julio de 1981); en términos semejantes, a los ordenamientos civiles autonómicos.

Han influido también los grandes principios del artículo 10.1 C.E (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad) y algunas de sus concretas proyecciones (art 27.2 C.E.: “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana ...”, que son el exponente de una ideología que ha exaltado los grandes valores de la persona, y a su vez

¹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “El interés del menor”, Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 28-40.

causa de la renovación profunda de todo nuestro Derecho de la persona –modificación de la patria potestad, la incapacitación, las instituciones tutelares, etc.-. Con todas esas normas constitucionales la situación jurídica del menor ha pasado de ser considerada como garantía institucional (protección de la minoría de edad, status) a obtener una garantía constitucional, con las consecuencias pertinentes¹¹.

El interés del menor y su protección jurídica no se presenta ya como una discriminación positiva, ni supone un preconcebido trato de favor compensatorio de un previo e injusto desequilibrio adverso para él, pues el principio del libre desarrollo de la personalidad no afecta sólo a los menores desamparados, maltratados o desafortunados, sino que es aplicable a todos los menores. Se trata, sencillamente, de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor de edad (sus derechos de libertad ideológica, religiosa o de expresión, o a su intimidad, no funcionan ni pueden ser ejercitadas por él igual que por un adulto), no apto todavía para ejercitarlos a ciertas edades y necesitados, sin embargo, de particular protección para que su propia entidad e identidad personal no se frustre, y llegue a ser mañana un ciudadano activo bien integrado en la sociedad.

En cuanto a la repercusión de aquellos principios en instituciones y leyes ordinarias, el principio del interés del menor como prevalente exige que las normas subconstitucionales respeten y regulen aquellos valores y este principio. En el Código Civil postconstitucional, secundado por otras normas, ha habido un profundo cambio de todo el Derecho de la persona y de familia, por mor de esos nuevos valores y derechos constitucionales.

Entre otras repercusiones, ha tenido particular importancia la nueva concepción de la *patria potestad*, fruto de la crisis del autoritarismo, ya aludido, pero también de una valoración nueva de la personalidad del menor sobre el que se ejerce. Y se dice de particular importancia de esta institución porque es a su sombra y en su ámbito donde afloran y se resuelven la mayor parte de los problemas en que se debate sobre el interés superior del menor. Preceptos tan importantes como los artículos 154.2º, 156 y 158 C.c. sobre todo, revelan la voluntad del legislador de dar un giro en cuanto a la idea y el régimen de la institución, que gira ahora alrededor de la protección del menor y salvaguarda de sus intereses en los términos indicados. Esas normas, cuya calidad de orden público, en cuanto limitan la autoridad de los padres y modalizan muy señaladamente su ejercicio y función (han de ejercerla “siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad”), revelan como subyacente un principio de carácter general, nuevo e innovador, que destaca el interés del menor como centro de gravedad de la institución y eje central en la organización del nuevo orden familiar, al que queda sometida la potestad paterna, que no se puede forzar inmotivadamente la personalidad del menor (debe ser respetada), y que autorizará a éste a resistir toda

¹¹ ALÁEZ CORRAL, Benito, “Minoría de edad y derechos fundamentales”, Edit. Tecnos, Madrid, 2003, p.21.

presión contraria a su personalidad o a recabar, directa o indirectamente, la protección judicial¹². (Ver art 158 C.c.)¹³

La contemplación y particular relevancia dada por la ley al interés del menor, y el especial juego que hoy tiene social y jurídicamente, se ha traducido en la interpretación de ciertas instituciones clásicas (patria potestad, tutela y asimiladas), más que en la necesidad de crear otras nuevas, donde el menor adquiere importancia y protagonismo destacados, y aquellas instituciones el valor de medios jurídicos aptos para alcanzar ciertos fines constitucionales (los de los arts. 10, 27.2, 39 CE).

En forma paralela y semejante al cambio de concepción y régimen de la patria potestad en el Código Civil a partir de 1981 en atención a y por influjo de una de la personalidad del menor, han aparecido otras importantes leyes postconstitucionales que toman en consideración de forma especial el interés del menor, nueva valoración a la hora de regular instituciones o desarrollar derechos fundamentales.

1.2.- El interés del menor en la LO 1/1996, de enero, de Protección jurídica del menor. Reformas significativas tras la LO 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

Hay que tener en cuenta que tras la LO 1/1996, de enero, de Protección jurídica del menor, se establece un bloque constituyente de los derechos del menor. Esto es, un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme y que ha servido como referencia a la legislación que las comunidades autónomas han ido aprobando con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores. Pero esta Ley modificó parcialmente el Código civil y la Ley de

¹² RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “El interés del menor”, Edit. Dynkinson, Madrid, 2007, pp. 41-46.

¹³ Artículo 158 C.c.: “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2.º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

4.º La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

5.º La medida de prohibición de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses.

En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública.

Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.”

Enjuiciamiento civil. Téngase en cuenta que en los procesos de familia la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de Enero, establece la necesaria y preceptiva intervención del Ministerio Fiscal en los procesos en los que alguno de los interesados sea menor (art. 749.2 LEC), o incluso la solicitud por parte del Ministerio Fiscal de modificación de las medidas convenidas por los cónyuges cuando haya menores (art 775.1 LEC). También en art. 777.5 LEC, en el que se establece la necesidad de recabar un informe por el Ministerio Fiscal sobre los términos relacionados con los hijos menores en el convenio regulador de los cónyuges. Así como el art. 777.8 LEC, que faculta al Ministerio Fiscal para recurrir la sentencia o auto que apruebe la totalidad de la propuesta del convenio regulador en interés de los hijos menores.

La LO 1/1996, ha sido modificada por la reciente Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, junto con la Ley (ordinaria) 26/2015, de 28 de Julio. Modificación que se ha producido por los importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del artículo 39 CE.¹⁴ La Ley Orgánica 8/2015 modifica el art. 2 de la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, e introduce criterios para la concreción de lo que ha de entenderse por interés superior del menor. Con la particularidad de que se da al concepto un contenido triple: como derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento.

En este contexto, otra cuestión a tener en cuenta en lo relativo a la defensa del interés superior del menor, en lo que a los proceso de familia se refiere, hace referencia a la necesidad de respetar las garantías procesales, en particular, los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado; la intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos o la adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados. En esta línea se da nueva redacción a los arts. 9 y 10 LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor. Así se refuerza el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado. Se establece que en los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente. Particular atención merece que la reforma sustituye el término juicio por el de *madurez*, considerando, en todo caso, que los menores tienen suficiente madurez a los doce años cumplidos.

¹⁴ Así se refleja en la exposición de motivos de la LO 8/2015, de 22 de Julio, de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

III. EL INTERÉS DEL MENOR EN LAS RELACIONES PATERNOFILIALES

1.- El interés del menor exige el ejercicio conjunto de la patria potestad tanto durante la convivencia o cuando viven separados

Las relaciones paterno-filiales son aquellas relaciones jurídicas que como consecuencia de una filiación determinada legalmente, se establecen entre padres e hijos. Implican una serie de deberes jurídicos que son: el deber de alimentos, el de velar por los hijos y tenerlos en su compañía. La patria potestad aparece como un efecto legal y propio de la relación paterno-filial, se la concibe como un sistema de protección, cuidado, asistencia física, moral y educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo no emancipado y de los mayores de edad incapacitados.¹⁵ De todas las relaciones paterno-filiales, las más significativas son las que se establecen durante la minoría de edad o incapacidad, es decir, las relaciones que engloban el instituto de la patria potestad.¹⁶ La patria potestad es pues el conjunto de derechos y obligaciones que como consecuencia de la filiación surgen entre los padres e hijos y que la ley establece para que puedan hacer efectiva la previsión constitucional del art. 39 CE de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos, en que legalmente proceda.¹⁷ Así, *“la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor”* (STS de 10 de febrero de 2012)¹⁸.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la patria potestad es compartida por ambos progenitores y, en caso de divorcio o separación, lo habitual es que la patria potestad continúe siendo compartida por ambos. En caso de que los progenitores no estén de acuerdo en cómo gestionar o tomar una decisión referente a los hijos y que se corresponda con el ejercicio de la patria potestad, pueden acudir al juez para que sea éste quien decida cuál de los dos progenitores puede decidir en el caso concreto que se le ha expuesto. Además la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha perfilado el concepto de patria potestad. Así en la sentencia de 22 de mayo de 1993 la definió como *un conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre los hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindir de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas de la patria potestad, cuyo contenido no puede, en principio, sin la aprobación judicial, ser objeto*

¹⁵ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”, *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. XXVIII, núm. 1, junio 2015, p. 56 y 57

¹⁶ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, “Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven”, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 13

¹⁷ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, “Curso de derecho civil IV; Derechos de familia y sucesiones” (7ª edición), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 300 y 301

¹⁸ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, nº 43/2012, de 10 de febrero de 2012.

Ponente: Encarnación Roca Trías

de pactos privados dirigidos a modificaciones de su contenido, sobre todo sin son perjudiciales para dichos menores.

Un breve apunte histórico nos lleva a señalar que originariamente, la patria potestad (*patria potestas*) era la soberanía, que el *paterfamilias*, ejercía sobre todos los miembros del mismo. Era un poder absoluto concebido a favor de quien lo ejercía. En el Derecho romano clásico se declaraba que, el *paterfamilias* gozaba del “derecho a la vida y la muerte” (*ius vitae et necis*) sobre sus hijos, y, así, se constituía como instrumento de cohesión del grupo mismo, en definitiva venía a ser el eje del Derecho de familia, pues se concebían en función de ella todas las instituciones familiares.¹⁹ Ahora bien, una vez promulgada la Constitución de 1978, no podía mantenerse este sistema, que le daba preferencia al padre sobre la madre, el cual trataba una situación contraria al derecho de igualdad y no discriminación que consagra el art 14 CE. Esto se llevó a cabo a través de una serie de reformas legislativas que trataban de ajustar las distintas disposiciones del derecho de familia a la Constitución, que comienzan con la *Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial*, la cual establece un sistema de titularidad dual y ejercicio conjunto, con igualdad de condiciones, con independencia de la relación que exista, entre ellos.²⁰

En el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, la patria potestad es una función al servicio de los hijos, que implica fundamentalmente deberes a cargo de los padres²¹ (art. 39 CE), al contrario de lo que sucedía en un principio al entenderse que los padres tenían un poder sobre los hijos. A este respecto, en la patria potestad hay que destacar un doble aspecto cuando se habla de relaciones internas paterno-filiales, los padres tienen un deber sobre los hijos, pero en el conjunto de las relaciones externas, la patria potestad se puede considerar como un derecho de los progenitores, que la doctrina denomina derechos-función.²² Es decir, el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular, como ocurre generalmente en los derechos subjetivos, sino en obligatorio para quien lo ostenta.²³

¹⁹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El Interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2014, p.480.

²⁰ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, “Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven”, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 13 y 14.

²¹ Guía Jurídica. La Patria Potestad. Edit. Wolters Kluwer La Ley.

²² *En nuestro Ordenamiento positivo, la patria potestad, no es propiamente, un derecho subjetivo, sino una potestad que el derecho positivo, al dictado inmediato del derecho natural, atribuye con carácter indispensable a los padres en cuanto medio para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo.* SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, “Curso de derecho civil IV; Derechos de familia y sucesiones” (7ª edición), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 301

²³ Guía Jurídica. La Patria Potestad. Edit. Wolters Kluwer La Ley.

En cuanto a las personas sometidas a la patria potestad, el art. 154 C.c. establece que *los hijos no emancipados están bajo la potestad de los progenitores*.²⁴ El Código civil no distingue a la clase de filiación de que se trate, pero de acuerdo con los artículos 14 y 39 de la Constitución, establece que todos los hijos son iguales ante la ley y los progenitores deberán prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante la minoría de edad.

En este ámbito de facultades y deberes el Código civil en su art. 154 establece que “la patria potestad, como *responsabilidad parental*, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1. ° *Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*. 2. ° *Representarlos y administrar sus bienes*. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Ya en relación con el ejercicio de la patria potestad el art. 156 C.c. establece que “la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.” Apunta ALBALADEJO²⁵ que “teniendo en cuenta que el ejercicio de la patria potestad corresponde a los dos padres pero siempre van a actuar en todo a la vez, ni van a tener en todo la misma opinión, el tema principal del ejercicio de la patria potestad está en señalar qué puede hacer cada padre, qué necesita de los dos, cómo llegar a una decisión en caso de desacuerdo, y en qué casos el ejercicio pasa entero o en parte a uno solo de los padres o se divide entre ambos.”

En caso de que los *padres vivieran separados* de hecho el art. 156 señala que “si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva” pero el código prevé la modificación de esta situación siguiendo el artículo 156 en su último párrafo “el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las

²⁴ A este respecto, hay que tener en cuenta que la emancipación tiene lugar, a tenor del art. 314 C.c. modificado por la Ley 15/2015: 1. ° *Por la mayor edad*. 2. ° *Por concesión de los que ejerzan la patria potestad*. 3. ° *Por concesión judicial*.

²⁵ ALBALADEJO GARCIA Manuel, “Curso de derecho civil IV, derecho de familia”, Edit. Edisofer, Madrid, 2006, p. 288.

funciones inherentes a su ejercicio” Aquí se refiere el legislador a una separación de hecho, ya que si se trata de una separación judicial el Juez resolverá directamente de acuerdo con el art. 92 C.c.

En relación a ello, es importante señalar que la titularidad de la patria potestad se adquiere por el hecho de ser padre o madre, pudiendo ser privado de ella solo por causa de extrema gravedad.²⁶ A este respecto, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 2015²⁷, que priva al padre de la patria potestad por calificar “*de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancia.*”

2.- Diferencias entre guarda y custodia y la patria potestad

Conviene aclarar que guarda y custodia no son dos funciones diferentes, sino que se trata de una única función que se integra dentro de la patria potestad. No obstante se hace preciso realizar una breve diferenciación entre patria potestad y guarda y custodia; pues aunque como se ha visto, nuestro Derecho distingue claramente entre la titularidad y ejercicio de la patria potestad y el ejercicio de la guarda y custodia, en algunas ocasiones se tiende a confundirlas e incluso a equipararlas, al ser la guarda y custodia un elemento integrante de la patria potestad.

La guarda y custodia aparece ante la falta de convivencia de los padres. Así, sostiene GARCÍA PASTOR que “*la causa del nacimiento de la institución de la guarda es la ausencia de convivencia entre los progenitores que hace imposible que ambos vivan con el niño*”²⁸ En parecido sentido, RABADÁN apunta que “no puede hablarse de guarda y custodia cuando los padres viven juntos, pues en este casos el ejercicio de la

²⁶ En atención a esto debemos de diferenciar entre causas de extinción de la patria potestad y causas de privación de la misma, ya que no es lo mismo y no se pueden confundir. Por un lado, el art 169 C.c. señala las causas de extinción de la patria potestad que son: 1. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo. 2. Por la emancipación. 3. Por la adopción del hijo. Por otro lado, el art 170 C.c. hace referencia a las causas de privación, en el que se establece que “*el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.*”

²⁷ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, nº 621/2015, de 9 de noviembre de 2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz

²⁸ GARCÍA PASTOR, Milagros, “La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales”, Edit. McGraw-Hill., Madrid, 1997. p. 74.

patria potestad lo es de todas las facultades que lo conforman, sin necesidad de distinguir entre el cuidado y otras funciones como la educación o alimentación de los hijos menores.”²⁹

Por tanto, la distinción de guarda y patria potestad cobra sentido en situación de crisis matrimonial cuando aparezca la falta de convivencia de los hijos con cualquiera de sus progenitores³⁰, ya que en situación de normalidad familiar la guarda y custodia *se encuentra embebida por la patria potestad dual*.³¹ HERRERA DE LAS HERAS³² señala, que la guarda y custodia implica un cuidado y atención del menor de forma directa y habitual a través de la convivencia. Así, el ejercicio de la patria potestad es un concepto más amplio que el de la guarda y custodia, y lo normal será que en los casos de ruptura de convivencia, la patria potestad la continúen teniendo ambos progenitores consensuando las decisiones que afecten a lo más importante de la vida de los menores.

La expresión “guarda y custodia” se recoge por primera vez en nuestro ordenamiento en el art. 748.4º LEC³³, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, su uso ya había sido generalizado en doctrina y jurisprudencia. En el Código Civil la expresión “guarda y custodia” aparece tras la reforma de la Ley 15/2005. Por otro lado es necesario aclarar que el término “guarda” también se emplea en nuestro ordenamiento para hacer referencia a aquellos supuestos en los que, en lugar de los padres, se hace cargo del cuidado del menor un tercero.³⁴ A esto hay que añadir, que no existe una definición legal de guarda y custodia, en la legislación española existen referencias al término, pero no ofrece en ningún capítulo una definición. CAMPO IZQUIERDO la define “*como un derecho- deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad*”³⁵

Desde estas consideraciones, cabe reseñar que la atribución de la guarda y custodia de los hijos ha sido una de las cuestiones centrales y más controvertidas a lo largo de estos años, en los supuestos de interrupción de la convivencia tanto matrimonial como no

²⁹ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, “Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven”, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011. p. 60.

³⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La custodia compartida; estudio doctrinal introductorio”, Edit. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 36 y 37.

³¹ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “La Guarda y Custodia de los Hijos”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, 2001, p. 284.

³² HERRERA DE LAS HERAS, Ramón. “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida”. *Actualidad civil*, núm. 10, 2011.

³³ “*Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.*”

³⁴ RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, “Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven”, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2011. p. 60

³⁵ CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, “Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, núm. 7206, Sección Tribuna, p. 1.

matrimonial (parejas de hecho).³⁶ Cuando la convivencia de una pareja con hijos menores desaparece, una de las primeras decisiones que deben tomar los progenitores es la de con quién han de vivir aquéllos. De esta manera, en el caso de que existan acuerdos entre ambos progenitores en el momento de la interrupción de la convivencia, y la situación se inicia sin ánimo de conflicto o contencioso, y los beneficios de los acuerdos que se alcancen en convenio regulador repercuten en los menores.³⁷ Sin embargo cuando lo que se produce es una conflictividad en esa crisis de pareja, las decisiones sobre la guarda y custodia, la pensión de alimentos, la atribución de la vivienda y la pensión compensatoria, se resuelve por Juez, prevaleciendo siempre el interés del menor, ya que es en nuestro ordenamiento el principio rector que debe prevalecer sobre cualquier otro interés que pueda surgir. (Art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero).

Ahora bien, la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores significa encomendar el cuidado directo al niño, la convivencia y contacto continuado con él, a uno de los progenitores de manera individual o exclusiva, o quizás de manera excepcional a un tercero por ejemplo a los abuelos, o ambos de forma alterna,³⁸ dado que la falta de convivencia entre los padres impide que esta tarea sea desempeñada por ambos de forma simultánea.³⁹

Independientemente de a quien se le atribuya la guarda y custodia, ambos progenitores van a seguir teniendo una serie de obligaciones con los hijos, así lo establece el art. 92.1 C.c. *“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.”* Además de añadir, que la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores no afectará a en forma alguna a la patria potestad, no significa que se asigne de forma exclusiva el deber de velar y cuidar a los hijos de forma exclusiva, privando al otro progenitor del ejercicio de estas funciones. Es decir, la titularidad de la patria potestad seguirá siendo de ambos progenitores, aunque se atribuya la guarda y custodia a uno de los progenitores. Así el art. 103 C.c. en materia de medidas provisionales habla de determinar con quien quedan los hijos, para añadir posteriormente *“la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.”*

³⁶ PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La custodia compartida; estudio doctrinal introductorio”, Edit. Bosch, Barcelona, 2009, p. 38

³⁷ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 2014, p.3286.

³⁸ Esto sería la Custodia compartida, modalidad que se ha introducido con la Ley 15/2015, de 8 de julio.

³⁹ SANTANA PÁEZ, Emelina, “Los procesos de familia: una visión judicial; Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores”. Edit. Colex, Madrid, 2009, p. 791

IV.- EL INTERÉS DEL MENOR EN EL PROCESO CONTENCIOSO DE FAMILIA

1.- El interés del menor como concepto jurídico indeterminado.

Como se ha visto, el interés del menor está configurado como un principio rector de la actuación de los poderes públicos, tal y como establece el artículo 39 CE, si bien hay que decir, que el interés del menor se trata de un concepto jurídico indeterminado que habrá que integrarse en cada caso concreto lo que dificulta enormemente su aplicación. En sentido, señala ROCHA ESPÍNDOLA, que "la legislación no define el concepto de interés del menor, sino que se limita a dar una primera aproximación del mismo, configurándolo como un auténtico principio general del Derecho, inspirador de toda actuación, tanto a nivel público como privado que siga en relación con el menor y que, además, constituye un auténtico principio interpretativo de las normas cuando existen menores"⁴⁰ ROCA TRÍAS también se posiciona al respecto, asegurando que el interés del menor en general, "no es un concepto vacío puesto que su contenido consiste en asegurar la efectividad de unos derechos a unas personas que por sus condiciones de madurez no pueden actuar por sí mismas para reclamar su efectividad"⁴¹

No obstante, este principio jurídico se caracteriza por ser una garantía primordial a los derechos del niño, que ha de ser aplicado con gran amplitud como una obligación tanto para el legislador, como para los padres, y a todas las instituciones jurídico-privadas. A su vez es una norma de interpretación y de resolución de conflictos, y también ha de considerarse como una orientación o directriz política para la formación de políticas públicas para los menores. El interés del menor es, en efecto, *un estándar jurídico: un modelo de conducta o actuación jurídico- social que se adecua a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidades sociales*, responde a valores y criterios jurídicos y sociales y opera en el ámbito jurídico.⁴²

Por lo que ahora nos interesa, el interés superior del menor es el criterio primordial que debe seguirse a la hora de adoptar cualquier decisión por la que pueda resultar afectado un menor de edad, como ocurre en los supuestos de separación o divorcio de sus progenitores. De forma muy particular a la hora de determinar la atribución del régimen de guarda y custodia de los hijos. Este concepto jurídico indeterminado⁴³ se caracteriza porque la ley no da la solución directamente, sino que debe ser buscada en cada caso acudiendo a juicios de experiencia o de valor, según la valoración jurídica de cada caso,

⁴⁰ ROCHA ESPÍNDOLA, Martín. "Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principio informadores", Valladolid, 2013, p. 427. (Tesis sin publicar)

⁴¹ ROCA TRÍAS, Encarnación, "Familia y cambio social de la casa a la persona", Edit. Aranzadi, Madrid, 1999, p. 220.

⁴² RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "El interés del menor", Edit. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 67 y 68..

⁴³ TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 83, núm. 700, 2007, p. 670. BERROCAL LANZAROT, Ana. Isabel, "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 2014, p. 3290. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "El interés del menor, Edit. Dykinson", Madrid, 2007, pp. 72 y 73.

según el sentido que la ley ha dado al supuesto determinado. Correspondiendo al Juez en la aplicación llenar de contenido efectivo el concepto jurídico indeterminado al juzgar y valorar el supuesto concreto según los hechos, los datos y las circunstancias que rodean el hecho en cuestión. Es un proceso de valoración de los hechos no de discrecionalidad. El margen de aplicación y control por parte de los tribunales, se refiere al ámbito interpretativo de la ley en su aplicación a los hechos, así como al sentido jurídico que la ley asigna a cada concepto.⁴⁴ Teniendo en cuenta la dificultad de concreción del concepto, tanto la doctrina como los tribunales de justicia han tratado de elaborar criterios generales para aplicarlos a los supuestos concretos así, podemos encontrar:

1. Los deseos y sentimientos del niño, considerados a la luz de su edad y discernimiento, siempre que no se halle mediatizado o presionado, oyendo directamente a este u obtenido por medio de expertos.
2. Sus necesidades físicas (alojamiento, alimentación y vestido), educativas y emocionales.
El efecto probable de cualquier cambio de situación del menor (cambio de residencia, estudios, amigos y personas con las que se relaciona).
3. Su edad, sexo, ambiente y cualquier otra característica relevante.
4. Daños sufridos o riesgo de sufrirlo (maltrato, abusos sexuales, peligros para la salud o el desarrollo).
5. Capacidad de los progenitores o cuidadores para satisfacer sus necesidades.

Como decíamos anteriormente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se han introducido en nuestra normativa nacional una lista con los criterios que deben valorarse en la interpretación y determinación del interés superior del menor. La nueva redacción dada al art. 2 de la LO 1/1996 de Protección jurídica del menor, concreta el concepto jurídico indeterminado “interés superior del menor” incorporando, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

El nuevo art. 2 de la LO 1/1996 establece determinados criterios a tener en cuenta, entre otros, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, o la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Criterios todos ellos que habrán de ponderarse en función de determinados elementos generales, como: - La edad y madurez del menor, - La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por

⁴⁴ CASTRO MARTÍN, Rosa Mª de, Ponencia en la Jornada Técnica "Análisis del Sistema de Protección de Menores en el Ámbito del Sistema Judicial" celebrada, en Sevilla, el pasado 5 de octubre de 2011, organizadas por Dirección General de Infancia y Familias de la Junta de Andalucía y el Consejo General del Poder Judicial. pp. 4 y 5.

su especial vulnerabilidad, o- la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.

Resulta evidente que en los procesos de familia, la difícil concreción del interés del menor viene referida y se manifestará en lo referente a la guarda y custodia de los menores, el derecho de visitas de los progenitores y familia amplia (abuelos), alimentos o atribución del uso de la vivienda. Por lo que hemos de decir, que la prioridad del interés del menor en casos de conflicto con otros intereses como regla general ha de prevalecer como un interés superior, pero si bien viene delimitada o moderada por el principio de proporcionalidad. Criterios que deben ser valorados en un adecuado juicio de ponderación como señala el TC, en su sentencia 176/2008 de 22 de diciembre de 2008⁴⁵ en cuanto afirma que *en materia de relaciones paterno filiales el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable.*⁴⁶ Y sobre todo teniendo en cuenta que al apelar al interés superior del menor, no nos estamos refiriendo al algo abstracto e indeterminado, sino que hablamos de un “un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso” (STS de 13 de febrero de 2015)⁴⁷. Como precisa la STS de 19 de julio de 2013⁴⁸, en estos casos “se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”.

2.- Atribución de la guarda y custodia

Producida la ruptura matrimonial, lo más habitual es que ambos cónyuges mantengan la patria potestad conjunta, pero sólo uno de ellos (salvo en los supuestos de custodia compartida), tendrá la guarda y custodia, otorgándose al otro progenitor el mal llamado “derecho de visitas”. Y es que ante la manifiesta imposibilidad de que ambos

⁴⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, nº 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Ponente: Manuel Aragón Reyes

⁴⁶ CASTRO MARTÍN, Rosa Mª de, Ponencia en la Jornada Técnica "Análisis del Sistema de Protección de Menores en el Ámbito del Sistema Judicial" celebrada, en Sevilla, el pasado 5 de octubre de 2011, organizadas por Dirección General de Infancia y Familias de la Junta de Andalucía y el Consejo General del Poder Judicial, p. 5.

⁴⁷ Así lo describe la Sentencia del Tribunal Supremo, nº 47/2015, de 13 de febrero de 2015, en la que se decidía sobre la custodia de un menor en un supuesto de violencia familiar.

⁴⁸ Sentencia Tribunal Supremo, nº 495/2013, de 19 de julio de 2013. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

progenitores convivan a la vez con los niños, el tema más trascendente y controvertido será decidir, en consonancia con el tan aludido interés del menor, las futuras relaciones que mantendrán los progenitores con los hijos. A falta de acuerdo, será el Juez, actuando con el amplio margen de discrecionalidad que le otorga la legislación, quién determinará cuál de ellos ostentará la guarda y custodia, pudiéndola acordar compartida. A partir de entonces habrá decisiones que competen a los dos progenitores, ya que se integran dentro de la patria potestad, mientras que otras serán decididas por el que tenga la guarda y custodia, ya que se entiende que son decisiones que competen a la convivencia diaria. Como hemos visto anteriormente, mientras que la patria potestad alude a la representación general de los hijos, la guarda y custodia se centra en la convivencia habitual o diaria con ellos.

Dicho esto, es importante, determinar qué modalidad de custodia es la más adecuada para el interés del menor. En principio, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, serán los propios progenitores quienes en el convenio regulador judicialmente homologado, determinarán la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta, y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no conviva con ellos. Por su parte, la sentencia que recaiga en un proceso contencioso de separación, nulidad y divorcio, debe contener un pronunciamiento, siempre en beneficio del interés del menor, relativo a que la patria potestad sea ejercida de manera conjunta o parcial por uno de los progenitores, o así mismo sobre el cuidado de los hijos.⁴⁹

De tal manera, el sistema de custodia que se opte, bien por los progenitores en convenio regulador, o bien por la resolución judicial que ponga fin al procedimiento debe ajustarse a las necesidades concretas de cada familia pero adaptándolo al interés del menor, arrojando al niño, desde el afecto sin emplear su persona como arma en una guerra de ambos, y permitiendo ambos progenitores sumar sus esfuerzos y responsabilidades en las tareas de la vida cotidiana del menor. En definitiva, como reitera el Tribunal Supremo *"el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este."*⁵⁰

Ahora bien, en cuanto a los criterios que ha de tomar en consideración el Juez para acordar el régimen de guarda y custodia exigirán tener en cuenta la relación que mantengan los padres entre sí y con sus hijos (art 92.6 C.c.), el beneficio de los hijos, implica además el procurar no separar a los hermanos (art. 92.5 C.c.). Así mismo, se valorará positivamente la estabilidad laboral del progenitor frente a aquel que no tenga trabajo fijo, además de la estabilidad del menor que no sufra cambios traumáticos en cuanto al colegio, población o ambiente cultural en el que venía desarrollándose, la relación entre los hijos y la nueva pareja del progenitor, la disponibilidad horaria del

⁴⁹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, Noviembre 2014, pp. 3286 y 3287.

⁵⁰ Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, nº 251/2015, de 8 de mayo de 2015. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

progenitor para el cuidado de los hijos, entre otras. No obstante, con carácter general, la mayor disponibilidad horaria de uno de los progenitores, no es motivo suficiente para concederle de forma automática la guarda y custodia o para modificar la ya establecida. En esta tarea, el Juez recabará el informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente madurez cuando el Juez lo estime necesario, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de los progenitores, del Equipo Técnico Judicial o del propio menor (salvo que se trate de procesos contenciosos, en cuyo caso habrá que oír necesariamente a los hijos mayores de 12 años y a los menores, si tienen suficiente juicio, art 770.4ª LEC).⁵¹

Resulta muy ilustrativo al respecto el Auto del Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Gijón, Auto de 22 Jun. 2010 (Fundamento segundo),⁵² en orden a las cuestiones elementales a tener en cuenta para determinar la guarda y custodia de los menores. Al respecto establece que:

“Ante una crisis matrimonial o de pareja, que conlleve el cese de la convivencia, lo que se rompe es la pareja y no las relaciones parentales de los hijos con cada uno de sus progenitores. Por tanto, ese cese de la convivencia, deben llevarse a cabo, de forma que afecte los menos posible a ese derecho y necesidad de los hijos de estar y relacionarse con cada uno de sus progenitores, y las familias extensas.”

3.- Modelos de reparto de la convivencia

Partiendo del principio general del interés superior del menor y de la amplia discrecionalidad judicial, en situación de crisis en la convivencia de los progenitores, coexisten en nuestro ordenamiento varios modelos de guarda:

- *La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores*

La cual consiste en atribuir la guarda a uno de los progenitores, ya sea a la madre o al padre, fijando periodos de estancias y visitas con el otro progenitor que variará según las circunstancias de cada caso concreto.⁵³ Dentro de esta modalidad se diferencia de los supuestos en los que ambos progenitores tienen de forma conjunta el ejercicio y la titularidad de la patria potestad, frente a los supuestos en los que uno de los progenitores no ejerce la patria potestad o alguna de sus funciones.⁵⁴

⁵¹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, Noviembre 2014, p. 3287

⁵² Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Gijón, Auto de 22 Jun. 2010, n° rec. 512/2010

Ponente: Campo Izquierdo, Ángel Luis.

⁵³ SANTANA PÁEZ, Emelina, “Los procesos de familia: una visión judicial; Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores”. Edit. Colex, Madrid, 2009, p. 799

⁵⁴ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, Noviembre 2014, p. 3287.

- *La guarda distribuida de los hijos o guarda alterna*

Esta modalidad significa separar a los hermanos distribuyendo la custodia de los hijos entre ambos progenitores. Este modelo “*responde a la posibilidad de que los progenitores no convivientes se distribuyan la guarda y custodia de los hijos, quedando unos en compañía del padre y otros en compañía de la madre*”⁵⁵. Esta forma se presenta de alcance limitado y en cierta forma excepcional ya que el Código civil en su art. 92.5 procura la no separación entre hermanos; de ahí que cuando se pacta en convenio o como medida en un proceso contencioso, resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al interés superior de todos los hermanos. Al respecto la STS 530/2015 de 25 de septiembre,⁵⁶ señala “*que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos.*”

- *La guarda atribuida a un tercero*

El art. 103 C.c. establece que “*excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.*” Como ya señala el artículo se trata de un supuesto excepcional, previsto como una medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservarán la patria potestad, salvo en la función de guarda.⁵⁷

En cuanto a los posibles criterios para la atribución de la guarda y custodia a un tercero se suele señalar por la doctrina y jurisprudencia la desatención o abandono del menor, la ausencia de los progenitores, los malos tratos, la drogopendencia de los progenitores, el ingreso en prisión, o el peligro de que el progenitor cometa contra su hijo el mismo delito del que está penalmente acusado⁵⁸.

⁵⁵ SANTANA PÁEZ, Emelina, “Los procesos de familia: una visión judicial”; Ob. cit. p. 799

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, nº 530/2015, de 25 de septiembre de 2015. Ponente: Eduardo Baena Ruiz. (Fundamento de derecho cuarto).

⁵⁷ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, Noviembre 2014, p. 3288.

⁵⁸ HERRERA DE LAS HERAS, Ramón. “La retirada de la patria potestad y el papel de los abuelos” *Diario La Ley*, Nº 8553, 2015. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”. Ob. cit. p. 3298

- *La guarda y custodia conjunta o compartida o sucesiva*

Dentro de ellas cabe diferenciar:

1. Guarda compartida simultánea, donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene en la misma vivienda. Son supuestos donde no se ha procedido a dividir la vivienda.
2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte del tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses, por años o incluso por cursos escolares.
3. Guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores, siendo los padres los que entran y salen del domicilio.

Normalmente, el sistema más aplicado es el de la custodia individual o exclusiva, donde se le atribuye a uno de los progenitores la mayor parte del tiempo la guarda de los hijos, originando para el cónyuge no custodio un régimen de relaciones personales, estancias, visitas o comunicaciones, que se dan en periodos más breves de tiempo. Hay que destacar que tras la reforma realizada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, se está implantando poco a poco en nuestra sociedad la atribución de la guarda y custodia compartida, que estudiaremos en líneas posteriores.

3.1.- Guarda y Custodia individual y el “régimen de visitas”

Esta facultad se articula en nuestro Derecho positivo como un complejo derecho-deber, reconocido a favor del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad o incapacitados según lo acordado en sentencia de separación, nulidad o divorcio o en los procesos que versen exclusivamente de la adopción de medidas sobre menores de edad.⁵⁹ El derecho de visita comprende el de comunicación (por cualquier vía, como el teléfono, internet, correspondencia, etc.), el de vistas “strictu sensu” (una serie de horas al día en el lugar que se señale, en su caso) y el de estancias (referido a la posibilidad de que el progenitor no custodio podrá tener a los hijos consigo más de un día con pernocta, de tal manera que los hijos van a vivir con él, algunos fines de semana o periodos vacacionales).⁶⁰

El artículo 94 C.c. regula el régimen de visitas al señalar que, *“el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía”* y el artículo 160 C.c. *“Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor*

⁵⁹ Guía Jurídica. Régimen de Visita a los menores, Edit. Wolters Kluwer La Ley., p. 1

⁶⁰ Guía Jurídica. Derecho de visita, Edit. Wolters Kluwer La Ley., p.1

al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

Podemos observar que la ley le concede al progenitor no custodio un derecho-deber de visitas. A este respecto, la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 26 de Mayo de 2006⁶¹ sostiene que *“Lo que se califica jurisprudencialmente como un complejo derecho-deber, no es sino un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el padre o la madre don quien no conviven habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia interrumpió”*.

Es decir, el régimen de visitas no se configura como un propio y verdadero derecho del progenitor sino *“como un complejo derecho-deber de contenido afectivo dirigido no tanto a satisfacer los deseos de los progenitores sino el interés y las necesidades afectivas y materiales de la prole, de modo que las visitas están condicionadas en todo momento a que su determinación resulte beneficiosa para el menor subordinando su interés a todo lo demás.”*⁶²

Se puede ver que rige en todo momento el interés del menor, recogido por nuestra constitución (Art. 39), así como las distintas leyes encomendadas a la protección e interés del menor, en la Asamblea de las Naciones unidas y así como en la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, *“en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial, y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de los mismos...”*.

El párrafo segundo del art. 94 C.c. establece que *“el Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*. Ejemplo de ello es la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 2015, por el que la madre solicita que se prive al padre la patria potestad y del régimen de visitas porque no cumple el padre sus deberes inherentes, la satisfacción de la pensión de alimentos, así como el régimen de visitas. El Tribunal privó al padre de la patria potestad, así como del régimen de visitas.

Por otro lado, nuestro Ordenamiento Jurídico establece este derecho respecto de otros parientes y allegados, así en el apartado 2º del artículo 160 C.c. señala que *“no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”*. Continúa *“en caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las*

⁶¹ Sentencia Audiencia Provincial Madrid, Sección 22, nº 341/2006, de 26 de mayo de 2006. Nº rec. 100/2006. Ponente: Carmen Neira Vázquez

⁶² Guía Jurídica. Derecho de visita, Edit. Wolters Kluwer La Ley., p.1

circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”. Y el artículo 94 en su párrafo segundo establece que el Juez “igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor”.

Esto es así porque el legislador en la Ley 42/2003, de 21 de noviembre de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos,⁶³ en su exposición de motivos ha reconocido que *“los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil”* así, *“el legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares”* y ello es así porque los abuelos *“ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis”*.

Los tribunales se han pronunciado sobre la materia, así en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de julio de 2009⁶⁴ en su fundamento segundo b) dice que *“Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular”* y en el apartado c) *“la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora”* ; la sentencia del Tribunal Supremo de 20 Octubre de 2011⁶⁵ en su fundamento segundo establece que *“los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho-deber reconocido en el Código civil del que solo se puede ser privado cuando exista causa y que la causa no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los menores sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino para los menores cuyo interés es el protegido en el citado Art. 160 CC.”*

⁶³ PÉREZ VALLEJO, Ana Mª “Régimen de "visitas" del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos”, en *La protección del menor en las rupturas de pareja*. (Coord. García-Garnica, Mª Del Carmen.) Edit. ARANZADI, Navarra, 2009, pp. 341-373.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, nº 576/2009, de 27 Julio 2009, nº rec. 543/2005. Ponente: Jesús Corbal Fernández.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, nº 689/2011, de 20 de Octubre de 2011. Ponente: Encarnación Roca i Trías.

Además de establecer que *“no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores”* A este respecto, podemos observar la Sentencia de 24 de Mayo de 2013⁶⁶, que se establece el caso de una demanda interpuesta por los abuelos en contra de los padres, solicitando un régimen de comunicación y estancia con su nieta. Así en su fundamento segundo dice *“Esta Sala en su jurisprudencia ha tenido que manifestarse a favor de estas relaciones en la que se pone de relieve la necesidad de que se produzca este tipo de contactos partiendo de la regla de que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con los progenitores, o, como ocurre en este caso, por las malas las relaciones existentes entre la progenitora y su madre, abuela de la menor, cuando no afectan al interés de los menores. Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor.”* Y en su fundamento tercero *“Se estima, por tanto la demanda, y se reconoce el derecho de los recurrentes a relacionarse y comunicarse con su nieta, remitiendo a la ejecución de la sentencia la fijación del régimen de visitas que se estime adecuado previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, habida cuenta que la demanda viene referida exclusivamente a que se reconozca el derecho que se les niega, sin establecer ninguno concreto.”*

En definitiva, tras la crisis matrimonial, podemos observar el papel fundamental que desempeñan los abuelos, sin perjuicio de que existan malas relaciones de los abuelos con los progenitores, que no se verá afectada para la atribución del régimen de visitas a favor de los abuelos siempre que ésta mala relación no afecte al interés del menor.

3.2.- Guarda y Custodia compartida

La custodia compartida constituye una relativa innovación que ha venido produciéndose en todo nuestro entorno cultural.⁶⁷ Es esta institución la más clara expresión del principio de corresponsabilidad parental, que desde la normativa internacional y comunitaria intenta impregnar los ordenamientos internos en lo que al Derecho de Familia se refiere. La Ley 15/2005, de 8 de Julio, de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, introdujo cambios en cuanto a la guarda y custodia y la patria potestad de los hijos. Así, la Ley refuerza la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad y permite que los cónyuges puedan acordar por convenio, o el Juez decidir, en su caso, que el ejercicio de la patria potestad se atribuya a uno sólo de los cónyuges o a ambos de forma compartida. Se refuerza así la figura de la "custodia compartida" y se introduce positivamente este principio en el derecho español a través del su reconocimiento legal de la guarda y custodia

⁶⁶ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, nº 359/2013, de 23 de Mayo de 2013, nº rec. 732/2012. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

⁶⁷ PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La custodia compartida; estudio doctrinal introductorio”, Edit. Bosch, Barcelona, 2009, p. 41

compartida, siendo ejemplo de esta evolución.⁶⁸ Es una medida excepcional en el Código civil, aunque en algunas comunidades ya se trata de forma preferente. La pionera, la Ley Aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres⁶⁹, que configura la custodia compartida frente a la individual como norma preferente, en ausencia de pacto de relaciones familiares (art. 6.2). También Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.⁷⁰ Esta Ley tiene como punto de partida - favorecer y propiciar fórmulas de coparentalidad, aunque no ha atribuido carácter preferencial a ningún modelo de guarda y custodia. También Valencia, con su “Ley de Relaciones Familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de Comunidad Valenciana”⁷¹, y Navarra, con su “Ley Foral de Custodia en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra”⁷²,

a) Aproximación a su concepto y principios informadores

Para analizar este modelo de atribución de la guarda y custodia, sería conveniente acercarnos a la definición de guarda y custodia compartida que la legislación y la doctrina le atribuyen. El código civil ni las legislaciones autonómicas⁷³ que han tratado esta materia han dado una definición de custodia compartida.

La única definición legal que encontramos la ha dado la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Comunidad Autónoma valenciana establece en su art. 3 que *“Por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquéllos, o en su defecto por decisión judicial.”*

A nivel doctrinal, la custodia compartida se define como *aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de relación de la pareja, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la mas frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la*

⁶⁸ PÉREZ GALVAN, María, “Problemas prácticos en el régimen de guarda y custodia compartida”, *Diario la ley*, núm. 7206, sección tribuna, 29 de junio de 2009.

⁶⁹ Vid. Boletín Oficial de Aragón, núm. 111 de 8 de junio de 2010.

⁷⁰ Publicado en el DOGC nº 5686 de 5 de agosto de 2010. El libro segundo del Código civil de Cataluña, que entró en vigor el 1 de enero de 2011..

⁷¹ Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de comunidad valenciana. (LCV 2011\156).

⁷² Ley 3/2011, ley foral de custodia en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra. (LNA 2011\109).

⁷³ Las comunidades autónomas que tienen legislación relativa a la guarda y custodia compartida son Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia.

*previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.*⁷⁴

El fundamento teórico de la institución residen en la idea de que la separación o el divorcio ponen fin a la convivencia entre los progenitores, pero no a los vínculos familiares; ello supone que los derechos y responsabilidades de cada uno de los padres con respecto a sus hijos comunes, una vez sobrevinida la crisis convivencial, deben ser iguales a los derechos y responsabilidades que tenían con anterioridad. Este fundamento se corresponde con los conceptos de patria potestad y corresponsabilidad parental de los progenitores (art. 154 C.c.), la plena igualdad jurídica de las personas (art. 14 CE), de los cónyuges (art. 66 C.c.) y de los hijos ante la ley (art. 39 CE).⁷⁵ En el mismo sentido LATHROP entiende por custodia compartida, *“un sistema familiar posterior a la ruptura matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos sucesivos más o menos predeterminados.”*⁷⁶

Los tribunales⁷⁷ la definen como *“ una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.”*

Ahora bien, la custodia compartida recae sobre cuatro principios informadores:

- 1- El interés superior del menor (favor filii o favor minoris) debe ser el punto de referencia a partir del que giran las medidas a adoptar en relación con la custodia compartida, ya que es el criterio rector de todas las actuaciones relativas a los hijos menores;
- 2- El principio de corresponsabilidad parental, que consiste en el reparto equitativo de los derechos y deberes que los progenitores deben ejercer frente a sus hijos⁷⁸, de conformidad con el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño que establece “Los estados parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres

⁷⁴ SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier, “Curso de derecho civil IV; Derechos de familia y sucesiones “(7ª edición), Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 311

⁷⁵ PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La custodia compartida; estudio doctrinal introductorio”. Edit. Bosch, Barcelona, 2009, pp. 41 y 42.

⁷⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola. “Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas” *Diario La Ley*, núm. 7206, 2009

⁷⁷ Sentencia Audiencia Provincial Barcelona, Sección 12, nº 181/2007, de 9 de abril de 2007, nº rec. 774/2006. Ponente: María José Pérez Tormo.

⁷⁸ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “La protección del menor en las rupturas de pareja”, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 399.

tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño [...]. De acuerdo con este principio, la custodia compartida puede ser aplicada a cualquier tipo de filiación, matrimonial o extramatrimonial, natural o adoptiva.⁷⁹ De acuerdo con el artículo 39.2 y 3 CE⁸⁰, ya que no permite otra interpretación.

- 3- El principio de igualdad entre los progenitores, esto significa que tanto el padre como la madre deben ser tratados en igualdad jurídica, sin darle preferencia a uno de los progenitores respecto del otro, así la Ley 15/2005 en su exposición de motivos establece que *“esta reforma legislativa también ha de ocuparse de determinadas cuestiones que afectan al ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados, cuyo objeto es procurar la mejor realización de su beneficio e interés, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad.”* Todo esto de acuerdo al art. 14 CE *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Además, el art 3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres⁸¹.
- 4- El principio de coparentalidad. El art 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 ampara legalmente el derecho del hijo a mantener la relación con ambos progenitores, estableciendo que *“los Estados Partes respetaran el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del menor”*. La coparentalidad es una noción dual que engloba, no solo el derecho del niño a ser educado por sus dos progenitores, sino también el derecho a mantener relaciones con ambos, es decir, la voluntad de asegurar la continuidad de los vínculos entre el niño y sus progenitores, para lo cual estos deben tener los mismos derechos y responsabilidades que tenían antes de la ruptura”⁸²

⁷⁹ PINTO ANADRADE, Cristóbal, “La custodia compartida; estudio doctrinal introductorio”, Edit. Bosch, Barcelona, 2009, p. 62

⁸⁰ “2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.”

⁸¹ “El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.”

⁸² PÉREZ VALLEJO, Ana María, “Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva”, Edit. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 112-113.

Así, la coparentalidad implica cooperación entre ambos progenitores en la gestión del conflicto y, además, adaptación al divorcio entre los padres y sus hijos. De esta manera, la coparentalidad solo es posible cuando los progenitores se han adaptado adecuadamente al divorcio y han tomado conciencia de su identidad de co-progenitores.⁸³

b) Modalidades y criterios legales y jurisprudencias para su atribución

La custodia compartida puede ser establecida de diversas formas, dado que existen muchas modalidades en relación con cada caso concreto. A este respecto cabe señalar que *“no existe un modelo único de custodia compartida: cada familia debe crear la dinámica que mejor se adecue al hijo y a la disponibilidad de los padres”*⁸⁴. En este marco podemos concretar las modalidades de custodia en atención al lugar en el que se realice la alternancia, si son los hijos los que se trasladen de domicilio, o que los hijos se queden en el domicilio familiar y sean los padres los que se trasladen, aunque esta última opción no es la más común por su complejidad a la hora de llevarla a la práctica; por el ejercicio de la patria potestad, si ejercen la patria potestad de manera conjunta o alterna; y por el reparto de tiempos, fijando una alternancia horaria dentro del día, diaria o cada dos días, semanal, quincenal, mensual, trimestral o anual, por curso escolar. A este respecto CAMPUZANO TOMÉ⁸⁵ señala que *“no sería correcto fijar unos baremos para distribuir el tiempo de convivencia, ni determinar en todo caso dónde residirá el hijo, ni si serán los progenitores quienes se cambien de domicilio, pues de lo que se trata es de conseguir un marco amplio y flexible para dar cavidad en él a todas las posibles opciones de custodia adaptadas a cada caso concreto”*. En definitiva, la misión principal del sistema de guarda y custodia compartida sería *“se trata de instalar al niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permita estar seguro de que aunque éstos se hayan separado, ninguno se ha separado de él.”* (Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, de 22 abril 1999⁸⁶.)

En orden a los criterios de atribución, cabe señalar que para adoptar la modalidad de guarda y custodia que más se adapte a cada caso concreto habrá que tener en cuenta una serie de factores. Así en las *“Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia y VI Jornada Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia,*

⁸³ YÁRNOZ YABEN, Sagrario, “Coparentalidad y Adaptación al Divorcio de los Progenitores” ponencia desarrollada en el I Congreso Internacional sobre Divorcio y Separación: ¿Custodia Compartida? Facilitar la Coparentalidad en Beneficio del Menor, celebrado el 26 y 27 de mayo de 2011 en la Universidad del País Vasco.

⁸⁴ SANTANA PÁEZ, Emelina, “Los procesos de familia: una visión judicial; Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores”, Edit. Colex, Madrid, 2009, p. 791; PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, José María, “Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida. Foro abierto”, *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*, núm. 110, año 2011, p.6.

⁸⁵ Autor citado por Santana Páez, Emelina, Los procesos de familia: una visión judicial; Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores. Edit. Colex, Madrid 2009 P. 803-804

⁸⁶ Sentencia Audiencia Provincial Valencia, Sección 6, nº 379/1999, de 29 de abril 1999. Ponente: Vicente Ortega Llorca. (Fundamento Jurídico Octavo)

Fiscales y Secretarios Judiciales, en octubre de 2009' transcriben los presupuestos objetivos que se consideran relevantes a la hora de adoptar la guarda y custodia compartida, que son los siguientes: *capacidad de comunicación de los progenitores, con nivel de conflicto entre los mismos tolerable, existencia de estilos educativos homogéneos, concurrencia de una dinámica familiar, anterior a la ruptura o al proceso, que evidencie una coparticipación de los progenitores en la crianza y cuidado de los menores, y ponga de manifiesto una buena vinculación afectiva de éstos con cada uno de aquellos, proximidad y/o compatibilidad geográfica de los domicilios de los progenitores, en los casos de custodia conjunta con domicilio rotatorio de los hijos en el de cada uno de progenitores.*⁸⁷

La ley 15/2005 contempla su adopción de mutuo acuerdo y prevé como supuesto excepcional que el juez pueda adoptarla a instancia de una sola de las partes, previo informe del Ministerio Fiscal, cuando se trate de proteger adecuadamente el interés superior del menor. Ya que en la anterior redacción del código civil no contemplaba como tal el régimen de guarda y custodia compartida, aunque cabía la posibilidad de adoptarla de mutuo acuerdo en convenio regulador. Así el art. 92 del CC (nueva redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio de Modificación del CC y de la LEC en materia de separación y divorcio) establece el modelo de guarda y custodia compartida y distingue dos supuestos uno en el nº 5 cuando lo solicitan de mutuo acuerdo ambos padres: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.”* Y en el nº 6 se establece que *“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.”* Y el otro supuesto a instancia de uno de los progenitores regulado en el nº 8 : *“Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe “favorable” del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*. Repárese que el inciso “favorable” del apartado 8 de este artículo fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, finalmente resuelto por el Tribunal Constitucional y declarando inconstitucional este inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal. Al respecto la STC 185/2012, de 17 de

⁸⁷ “Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia y VI Jornada Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales”, Valencia 26, 27 y 28 de octubre de 2009. P. 21. <http://www.icasv-bilbao.com/images/comisiones/ConclusionesFamiliaValencia.pdf>

octubre de 2012⁸⁸ señala que, “*se trata de una facultad exorbitante, que interfiere, desde el poder ejecutivo, en la función primordial del poder judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y atenta contra su independencia, ya que sujeta la actuación judicial a los dictados del Ministerio público*”

En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. “El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.” (FJ 5 STS 229/2012, de 19 de abril)⁸⁹ Cabe reseñar al respecto que la atribución “de oficio” de la custodia compartida, como proponía el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (2013), no instándola ninguno de los progenitores, generaría, “sin mucho temor a equivocarnos, -en palabras de PÉREZ CONESA- desavenencias y disputas en su ejecución que, lejos de ayudar a que los menores se relacionen con normalidad con cada uno de sus padres, implicaría tensiones y conflictos que, en la práctica, tendría consecuencias contrarias a las que deben buscarse por el interés superior del menor.”⁹⁰ En definitiva, la interpretación del artículo 92. 5, 6 y 7 C.c. debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida.

Ya en orden a los *criterios jurisprudenciales* para su establecimiento, existe un cuerpo de doctrina consolidada que se inicia con la STS 623/2009, de 8 octubre de 2009.⁹¹ En esta Sentencia, el Tribunal Supremo establece por primera vez una serie de criterios de aplicación por el Juez para la atribución de la guarda y custodia compartida. El fundamento quinto de la sentencia señala a priori que “*el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta.*” Y continúa estableciendo una serie de criterios que de manera reiterada se adoptaran en sentencias posteriores.⁹² Lógicamente, todos ellos encaminados a preservar el interés superior del menor.

⁸⁸ Sentencia Tribunal Constitucional, nº 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Ponente: Encarnación Roca i Trías.

⁸⁹ Sentencia Tribunal Supremo, nº 229/2012, de 19 de abril de 2012. Ponente: Encarnación Roca i Trías.

⁹⁰ PÉREZ CONESA, Carmen, “Análisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 8/2013, año 2013, p.14.

⁹¹ Sentencia Tribunal Supremo, nº 623/2009, de 8 de octubre de 2009. Ponente Encarnación Roca i Trías

⁹² La ya mencionada sentencia nº 229/2012, de 19 de abril de 2012; STS. Tribunal Supremo, nº 257/2013, de 29 de abril 2009, Ponente: José Antonio Seijas Quintana; STS. Tribunal Supremo, nº 619/2014, de 30 de octubre de 2014. Ponente: Francisco José Arroyo Fiestas, STS. Tribunal Supremo, nº 96/2015, de 16 de febrero de 2015. Ponente: Francisco José Arroyo Fiestas; STS. Tribunal Supremo, nº 559/2016, de 21 de Septiembre de 2016. Ponente: Francisco José Arroyo Fiestas, entre muchas otras.

- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales.
- Los deseos manifestados por los menores competentes.
- El número de hijos.
- El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos.
- El respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar.
- Los acuerdos adoptados por los progenitores.
- La ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros.
- El resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

La jurisprudencia además, ha considerado que la guarda y custodia compartida debe considerarse una *medida normal y deseable*, así en la STS nº 257/2013 de 29 de abril⁹³ establece que, “ *la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que deberá considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y no perjudicial para el hijo*”.

Así mismo, el Tribunal Supremo se ha manifestado en su sentencia 194/2016, de 29 de marzo⁹⁴ reiterando que la custodia compartida ha de ser normal y deseable, tras la separación de los cónyuges. La cual hace una contundente llamada de atención a la AP Madrid por no conceder el régimen de guarda y custodia compartida en el supuesto analizado. En el caso de autos, el TS casa y anula la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 24 de febrero de 2015⁹⁵, que niega al actor la guarda y custodia compartida de su hijo menor, recordando a este órgano judicial que debe seguir la doctrina marcada por el Alto Tribunal.

“La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado una solución homogénea por parte de los Tribunales a los asuntos similares. Pero más allá de este desconocimiento de la jurisprudencia y de un escaso o

⁹³ Sentencia Tribunal Supremo, nº 257/2013, de 29 de abril (En el Rec. Casación contra la Sent. Sec 4ª de la Audiencia Provincial de Alicante) Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

⁹⁴ Sentencia Tribunal Supremo, nº 194/2016, de 29 de marzo de 2016, Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Un amplio comentario de la misma puede consultarse en GÓMEZ MEGÍAS, Ana María, “La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: sentencias clave”. *Diario La Ley*, Nº 8734, Sección Dossier, 5 de Abril de 2016, Edit. La ley.

⁹⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, nº 184/2015, de 24 de febrero de 2015. Ponente: Eladio Galán Cáceres.

nulo esfuerzo en incardinar los hechos que se ofrecen por ambas partes en alguno de los criterios reiteradamente expuestos por esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, se conoce perfectamente el razonamiento que lo niega y que es, en definitiva, lo que justifica el interés casacional del recurso de casación, que también se formula, por oponerse a la jurisprudencia de esta Sala. (Fundamento Segundo) (...) “La sentencia no solo desconoce la jurisprudencia de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, sino que más allá de lo que recoge la normativa nacional e internacional sobre el interés del menor, resuelve el caso sin una referencia concreta a este, de siete años de edad, manteniendo la guarda exclusiva de la madre y dejando vacío de contenido el artículo 92 CC en tanto en cuanto de los hechos probados se desprende la ausencia de circunstancias negativas que lo impidan, pues ninguna se dice salvo que funciona el sistema de convivencia instaurado en la sentencia de divorcio.” (Fundamento Tercero).

c) Las causas legales de inadmisión de la custodia compartida

La ley 15/2005 ha previsto causas legales tasadas de improcedencia de la guarda y custodia compartida. Las establece en el código civil en el párrafo séptimo del artículo 92, apartado primero que *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.”*

La expresión “esté incurso” ha tenido importantes críticas por parte de la doctrina. Así, PINTO ANDRADE⁹⁶ sostiene que el término “estar incurso”, en un sentido técnico jurídico, parece equivalente a “estar imputado” por el Juez de Instrucción o de Violencia contra la Mujer o incluso por la simple incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, no bastando el mero hecho de la presentación de una denuncia. Sin embargo, en la práctica, probablemente esta última circunstancia sea suficiente para que el Juez considere inviable la adopción de la custodia compartida. LATHROP⁹⁷, opina que la imprecisión del legislador no ha sido casual, sino que ha querido comprender el mayor número de supuestos presentables previniendo, de alguna forma, concesiones equivocadas de este tipo de guarda. En este sentido entiende que el legislador se refiere al individuo acusado y, en su caso, condenado, y a aquel contra el cual existe imputación formal, es decir, a quien ya se le ha denunciado en sentido estricto una vez admitida a trámite la denuncia o querella.

De esta forma, no es necesario que se haya dictado sentencia condenatoria para que quede excluida la custodia compartida, lo cual implica que si se ha interpuesto formalmente querella o denuncia por estos delitos en contra de uno de los progenitores,

⁹⁶ PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La custodia compartida; estudio doctrinal introductorio”. Edit. Bosch, Barcelona, 2009, p. 71

⁹⁷ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “La custodia compartida de los hijos”, Edit. Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2008, p. 422.

no cabe establecer esta modalidad de cuidado si se encuentra pendiente el juicio respectivo. En cambio, sí podría solicitarse si dicho progenitor resulta absuelto, en cuyo caso podrá iniciar un procedimiento de modificación de medidas definitivas por cambio de circunstancias (Art. 775 de la LEC).

Cabe señalar que a pesar de la prohibición expresa del art. 92.7 C.c. son muchas resoluciones judiciales que matizan el rigor de la norma y establecen la custodia conjunta. A este respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 10 de febrero de 2009⁹⁸, en su fundamento primero señala que “por lo que se refiere a la denuncia interpuesta por la demandante contra el demandado, que ha dado lugar a la emisión de una prohibición de acercamiento se estima, en relación con la previsión del artículo 92.7 del CC, que dicha denuncia no puede impedir el establecimiento de la guarda compartida habida cuenta de que no consta que los hechos que la han motivado revistan la suficiente gravedad como para suponer un obstáculo efectivo al sistema de guarda fijado; por otro lado, la Sala comparte las valoraciones que hace la sentencia recurrida sobre el momento de la denuncia, posterior a la emisión del informe pericial que recomienda la custodia compartida, y después también de la vista del juicio que fue suspendida a instancias de la demandante para instruirse del informe e intentar alcanzar un acuerdo”. Por lo tanto, el inicio del proceso penal es sinónimo de las diligencias penales, no pudiendo ser coincidente con la mera presentación de una denuncia o querella, sino que debe exigirse su admisión a trámite, coincidiendo el inicio del proceso penal con la incoación de las diligencias previas o juicio de faltas o auto de admisión de la querella. Por otro lado el resultado condenatorio del proceso penal haría igualmente inviable la atribución de la custodia compartida o incluso, exclusiva respecto del condenado⁹⁹.

Asimismo y conforme al apartado segundo del art. 92.7 C.c. *“Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”* En primer lugar, cabe decir que cuando el legislador se refiere a violencia doméstica es indiferente el sexo del agresor y la víctima puede ser tanto el padre, la madre o los hijos involucrados¹⁰⁰. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuando se refiere al objeto de la Ley, define la violencia de género en su artículo 1.3, *“la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”* En este caso, el Juez civil pierde competencia (art. 87.ter LOPJ) a favor del Juzgado de Violencia contra la mujer, que le requerirá de inhibición y será quien decida el régimen de custodia más adecuado (art. 49 bis.3 LEC).

⁹⁸ Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, nº 82/2009, de 10 de febrero de 2009. Ponente: Carlos Esparza Olcina.

⁹⁹ SANTANA PÁEZ, Emelina, “Los procesos de familia: una visión judicial; Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores”, Edit. Colex, Madrid, 2009, p. 814

¹⁰⁰ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “La custodia compartida de los hijos”, Edit. Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2008, p. 423.

El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él¹⁰¹. Además, podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él¹⁰². Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. A este respecto la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 Noviembre de 2015¹⁰³ *“establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes”*.

Cabe destacar una sentencia reciente del Tribunal Supremo¹⁰⁴ que establece la incompatibilidad de la custodia compartida con la condena del padre por un delito de amenazas en el ámbito familiar, así en su fundamento segundo dice *“Es doctrina de esta Sala (SSTS 29 de abril de 2013 ; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción actitudes y conductas que benefician al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que van a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos.”*

Otra causa de no atribución de la custodia compartida es cuando no sea este régimen el más beneficioso para el interés del menor, así, el Tribunal Supremo en la sentencia de 29 abril 2013¹⁰⁵ en su fallo tercero declara *“como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar”*

¹⁰¹ Art. 65 Ley Orgánica 1/2004, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.

¹⁰² Art. 66 Ley Orgánica 1/2004, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, Sección 1, nº 36/2015, de 26 Noviembre de 2015.

Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

¹⁰⁴ Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo civil, Sección 1, nº 36/2016, de 4 de febrero de 2016. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana

¹⁰⁵ Sentencia Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, nº 257/2013, de 29 de abril de 2013. Ponente; Jose Antonio Seijas Quintana

V.- ASPECTOS CONEXOS A LA ATRIBUCION DE LA GUARDA Y CUSTODIA: USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y ALIMENTOS

Cuando surgen crisis matrimoniales en la que existen menores, esta situación acarrea una serie de consecuencias importantes. Como se ha analizado anteriormente, la determinación de una serie de medidas de carácter personal, tal y como el cuidado y la atención a los menores, lo que englobaría la guarda y custodia, así como la patria potestad, y otras de carácter material, que serían el uso de la vivienda y la pensión de alimentos.

1.- La atribución del uso de la vivienda

Resulta evidente que sobrevenida la ruptura matrimonial o de pareja debe garantizársele al menor un espacio físico estable donde desarrollar sus actividades diarias, estudiar, dormir, comer, etc.¹⁰⁶ Es esencial que el hijo cuente con una habitación (en el sentido amplio de vivienda)¹⁰⁷ en la cual desarrollar su vida. La Sala Civil del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 18 de mayo de 2015¹⁰⁸ reitera como doctrina jurisprudencial que "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que no puede ser limitada por el juez salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil".

En este contexto, cuando se otorga la guarda y custodia exclusiva a uno de los progenitores, supone la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos, si los padres viven o están separados (arts. 159, 90, 92 apartados 4, 5 y 8 y 103 1ª C.c.). Y esta decisión lleva aparejada *ex lege* unos efectos económicos conexos que son foco de numerosos conflictos. Nos referimos al uso de la vivienda familiar que "corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden" (ex art. 96 C.c.). No obstante, la Ley 15/2005 de 8 de julio, en la que se introdujo la custodia compartida no hizo alusión alguna a la atribución de la vivienda cuando se atribuye la guarda y custodia compartida a los progenitores. A este respecto PINTO ANDRADE¹⁰⁹ sostiene que "el legislador, al modificar el año 2005 el art. 92 C.c. abriendo la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de forma compartida a ambos progenitores, no introdujo ninguna norma que reflejara, siquiera mínimamente, una regulación sobre la forma de atribución en estos casos de la vivienda familiar. Es una cuestión que ha merecido

¹⁰⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "La custodia compartida de los hijos", Edit. Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2008, p. 515

¹⁰⁷ "la vivienda familiar es el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos". Sentencia del Tribunal Supremo, nº 1085/1996, de 16 de noviembre de 1996, nº rec. 2016/1993. Ponente: Jose Almagro Nosete

¹⁰⁸ Sentencia Tribunal Supremo, nº 282/2015, de 18 de mayo de 2015. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

¹⁰⁹ PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La atribución del uso de la vivienda familiar", Edit. Bosch, Madrid, 2011, p. 68

grandes críticas por cuanto, ciertamente la Reforma de 2005 debió ser valiente y afrontar también la modificación del art. 96 C.c.”

Por lo tanto, el derecho al uso de la vivienda lo encontramos en el artículo 96 C.c. el cual establece, *“en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.”* Pero podemos observar que el párrafo primero del mencionado artículo no podría aplicarse a la guarda y custodia compartida, ya que los hijos no quedan bajo la guardia y custodia de un progenitor de manera exclusiva.

En el II Encuentro de Jueces y Magistrados de Familia, Fiscales, y Secretarios Judiciales, con Abogados de Familia, celebrado en Madrid en los días 23,24 y 25 de noviembre de 2005, se aprobó en sus Conclusiones *“que se procure evitar el automatismo en la aplicación del art. 96 C.c., y que se aplique a la custodia compartida, por analogía, lo dispuesto en el artículo 9.2 cuando, existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la del otro”*

Así, el párrafo segundo del art. 96 establece *“Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”* Sin embargo es obvio que propugnar la aplicación analógica del art 96.2 C.c. para decidir la guarda y custodia compartida no resuelve la cuestión porque la norma se limita a señalar que en tales casos el Juez *“resolverá lo procedente”*, por lo que quedan abiertas todas las posibilidades y sistemas de atribución del uso.¹¹⁰

Ante este vacío legal, el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de Octubre de 2014¹¹¹ declaró que se aplicaría analógicamente el párrafo segundo del artículo 96 C.c. por lo que el juez decidirá lo procedente. Por lo tanto, *“Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC”* (Fundamento tercero) El tribunal estima que la limitación temporal ha de ser de dos años, *“tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica”*.

¹¹⁰ PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La atribución del uso de la vivienda familiar”, Edit. Bosch, Madrid, 2011, P. 69

¹¹¹ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, Sección 1, nº 593/2014, de 24 de octubre de 2014. Nº rec. 2119/2013. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

Se puede observar que el Juez deberá decidir a quién corresponde el uso de la vivienda familiar en atención a favorecer el ejercicio de la custodia compartida para ambos progenitores y teniendo presente si la vivienda es propiedad privativa de uno de los cónyuges o bien es propiedad de los dos. Aun estableciendo esta ponderación el margen de decisión sigue siendo amplio.

Ahora bien, el Juez debe tener como criterio más relevante para la atribución del uso de la vivienda el interés más necesitado de protección. Como factores¹¹² a ponderar en este caso, se pueden señalar:

- La situación económica de cada uno de los progenitores
- Las posibilidades efectivas de cada progenitor de habitar en una vivienda distinta de la familiar de iguales características.
- El número de hijos, la edad, el estado de salud y los periodos que van a pasar con cada uno de los progenitores y la duración de ellos.

En ponderación de estos criterios y en función de las diferentes situaciones que presente cada familia, resulta ampliamente admitido la existencia de dos grandes posibles sistemas de atribución de la vivienda en la custodia compartida: el sistema de domicilio fijo (vivienda nido) y el sistema de domicilio rotatorio:

Si bien, el sistema de domicilio fijo sería el sistema en el que son los menores los que permanecen en el domicilio familiar siendo los progenitores los que tiene que abandonar su vivienda para trasladarse al domicilio familiar cada cierto periodo de tiempo. En este sistema se pueden dar dos posibilidades:

- Atribución del uso alternativo a ambos cónyuges, cada progenitor vivirá en el domicilio familiar durante el periodo tiempo en que le corresponda la guarda y custodia de los hijos menores. A modo de ejemplo podemos observar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla de 8 de abril de 2011¹¹³, que en su fundamento sexto respecto al uso de la vivienda familiar establece que *“En relación a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, la anterior modalidad de custodia compartida, conlleva que no proceda efectuar una atribución exclusiva, considerando que al no regir el privilegio de uso establecido en el art. 96 del Código Civil, en favor de ninguno de los cónyuges titulares del inmueble”* estima *“que procede establecer un uso alternativo para cada progenitor durante los periodos (trimestres) que les corresponde asumir la función de garantes del cuidado y atención de sus hijos, debiendo el otro abandonar la vivienda durante ese tiempo”*.

¹¹² PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La atribución del uso de la vivienda familiar”, Edit. Bosch, Madrid, 2011, p. 70

¹¹³ Sentencia Juzgado de Primera Instancia, Nº7, de Sevilla, nº 223/2011, de 8 de abril de 2011. Ponente: Francisco de Asís Serrano Castro.

- Otra posibilidad es que no sean los padres a los que se le atribuye el derecho uso de la vivienda, si no a los hijos. Este derecho se entiende extendido a los padres en el periodo de tiempo en el que les corresponda la guarda y custodia.

Ahora bien esta modalidad no es del todo posible desde el punto de vista económico, ya que supondría el mantenimiento de tres viviendas, ni desde el punto de vista práctico, supondría una incomodidad para la familia *“amén de una fuente segura de conflictos, que casa mal con la institución de la guarda y custodia compartida”*¹¹⁴,

Cuando los Tribunales optan por el sistema rotatorio, se le atribuye a uno de los progenitores el uso y disfrute de la vivienda familiar, excluyendo al otro progenitor que tiene otra vivienda, siendo los menores los que se desplacen. En este caso el Juez, según la mayor parte de la Jurisprudencia debe atender al criterio del “interés más necesitado de protección” ponderando además los criterios que hemos mencionado anteriormente. A este respecto cabe mencionar la ya citada sentencia del tribunal supremo de 24 de octubre de 2014 que atribuye el uso de la vivienda a uno de los progenitores con carácter personal, aplicando el interés más necesitado de protección, en el supuesto de custodia compartida.

Cabe la posibilidad¹¹⁵ de poner en venta el domicilio, y mientras que no se realice la venta sea el progenitor más necesitado de protección el que haga uso de ella. O que uno de los cónyuges compre la parte proporcional que pertenece al otro cónyuge para hacer suya la propiedad de la vivienda.

También cabe la posibilidad de que el Juez no atribuya la vivienda familiar a ninguno de los cónyuges, lo que supone que cada progenitor tenga que buscarse una vivienda para residir de manera individual con los hijos durante el periodo de tiempo que le corresponda la custodia.

2.- La pensión de alimentos

La Constitución obliga a *“los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia”*, así como *“la protección integral de los hijos”* señalando *“iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”* consagrando los principios de protección e igualdad que derivan de nuestro Ordenamiento Jurídico. La pensión de alimentos es “uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad”¹¹⁶ y “tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), no precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su

¹¹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, nº 31/2008, de 5 de septiembre de 2008. Ponente: Enrique Anglada Fors

¹¹⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, nº 156/2011, de 21 de febrero de 2011. Ponente: José Enrique de Motta García

¹¹⁶ Sentencia de TS, Sala 1ª, de lo Civil, nº 678/2012, 8 de Noviembre de 2012. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana. (fundamento Segundo)

percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos.”¹¹⁷ El deber de alimentos viene recogido expresamente en la filiación el art. 39.1 y 3 de la Constitución “por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de “prestar asistencia de todo orden a los hijos” -asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos- con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 C.c.), o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas (arts. 110 y 111, in fine, C.c.).”¹¹⁸

El código civil en su artículo 142 nos da la definición de que se entiende por alimentos, *“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”* Por lo que podemos deducir de este precepto que se entiende por alimentos todos los medios necesarios para la subsistencia de una persona, y que comprende no sólo los relativos a la alimentación propiamente dicha, sino también a todos los aspectos de la vida en general, incluidos los de educación¹¹⁹.

En consecuencia, producida la crisis matrimonial los padres tienen que acordar en convenio regulador respecto de la pensión de alimentos, o bien, si no existe consenso, dejar al Juez que determine la contribución que ha de satisfacer cada progenitor y que adopte las medidas necesarias para garantizar la eficacia de acuerdo con el art. 93 C.c. Teniendo en cuenta que *“el derecho de alimentos de los hijos menores es prioritario al de los padres, el cual en ningún caso puede verse perjudicado por la crisis matrimonial, de tal forma que, los hijos deben seguir teniendo, siempre atendiendo a las circunstancias inherentes a toda separación o divorcio, las mismas condiciones que tenían cuando se produjo tal crisis a fin de poder satisfacer todas las necesidades, no sólo alimenticias strictu sensu, para tener un correcto desarrollo de la personalidad, incluso a costa de las necesidades de los padres.”* (SAP de Girona, de 7 de julio de 2016)¹²⁰

Ahora bien en los supuestos de conflicto matrimonial, como señala la legislación civil, en efecto, es el convenio regulador aprobado judicialmente el que establece la contribución a los alimentos de cada padre [art. 90 C) C.c.]; concretamente, el art. 93 C.c. establece que el Juez “en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor

¹¹⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Sala Segunda, nº 57/2005, de 14 de marzo de 2005. Ponente: Elisa Pérez Vera (BOE» núm. 93, de 19 de abril de 2005).

¹¹⁸ Sentencia Tribunal Constitucional, sala segunda, nº 1/2001, de 15 de enero de 2001. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001)

¹¹⁹ Guía Jurídica. “Alimentos entre parientes”. Edit. Wolters Kluwer La Ley.

¹²⁰ Sentencia Audiencia Provincial de Girona, Sección 1, nº 200/2016, de 7 de julio de 2016. Ponente: Fernando Ferrero Hidalgo.

para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento", contribución que, de conformidad con el art. 146 C.c., deberá ser "proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe" (art. 146 C.c.)¹²¹»

Cuando la obligación de prestar alimentos recae sobre dos o más personas, en este caso indiscutidamente sobre ambos progenitores, la misma tiene una naturaleza no solidaria sino mancomunada y en proporción a los caudales respectivos de cada uno de los obligados, según así lo establece el art. 145 C.c. y la reiterada jurisprudencia dictada en aplicación del mismo.¹²²

Además hay que tener en cuenta otro aspecto importante, así el Tribunal Supremo en sentencia de 28 noviembre 2003 y de 24 abril y 30 diciembre 2000 declara que..." *los derechos de los hijos a la prestación de alimentos, no cesan automáticamente por haber alcanzado la mayoría de edad, sino que subsisten si se mantiene la situación de necesidad no imputable a ellos, conforme a lo decretado en el artículo 39.3 de la Constitución*"¹²³.

Como bien hemos mencionado antes los padres tienen una obligación legal e imperativa de prestar alimentos a los hijos, esto es así porque "es primordial garantizar el mínimo vital para el desarrollo de los hijos".¹²⁴ No obstante, en el actual momento de crisis económica son muchos los procedimientos de modificación de medidas que, en base a la "alteración sustancial de las circunstancias" se solicita la reducción o suspensión de la pensión alimenticia que corresponde abonar al progenitor no custodio cuando la custodia se ha establecido de forma exclusiva o unilateral. Sobre esta controvertida cuestión, la STS de 2 de marzo de 2015,¹²⁵ viene a confirmar que la obligación de complacer un "mínimo vital" al menor solo puede suspenderse, no extinguirse en supuestos muy excepcionales. El TS recuerda que «lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante».

¹²¹ Sentencia Tribunal Constitucional, Sala Segunda, nº 1/2001, de 15 de enero. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende. (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001)

¹²² Sentencia Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6, nº 270/2016, de 30 de septiembre de 2016. Ponente: María Elena Rodríguez- Vigil Rubio. Con cita expresa a la STS de 28 de noviembre de 2003.

¹²³ Sentencia Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4, nº 540/2016, de 29 de Septiembre de 2016. Ponente: Carlos Moreno Millán.

¹²⁴ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, nº 652/2016, de 21 de septiembre de 2016. Ponente: Raquel Alastruey Gracia. DE LA IGLESIA MONJE, M.I. , "Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital". *Revista critica derecho inmobiliario*, nº 740, año 2013.

¹²⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, nº 111/2015, de 2 de marzo de 2015, (RJ 2015\601). Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana

Habiendo hecho una breve aclaración en lo que respecta al derecho de alimentos, retomamos el tema para el supuesto de que la guarda y custodia sea compartida. Al igual que con la atribución del uso de la vivienda, el legislador en la Ley 2005 no ha dicho nada respecto de los alimentos en el supuesto de que los progenitores ejercen la guarda y custodia de forma compartida. La introducción de esta figura nos lleva a resolver cuestiones prácticas derivadas del hecho de que no existe sólo un asignatario exclusivo que asuma diariamente la gestión de los recursos económicos aportados por ambos padres sino que, siendo conjunto su cuidado personal, tanto el padre como la madre deben concurrir al mismo durante los períodos de convivencia. Es necesario, determinar la forma en que ambos progenitores participarán en el sostenimiento de las necesidades económicas de los hijos, ya que, en principio, ambos progenitores asumen la calidad de custodios, no debiendo existir, como ocurre en la guarda unilateral, un progenitor gravado con una pensión alimenticia¹²⁶.

Antes de nada hay que tener en cuenta que cuando se adopta el régimen de guarda y custodia compartida los menores estarán por tiempos iguales o semejantes con ambos progenitores. Además, suele acordarse cuando se trata de progenitores con cierto nivel económico y cultural, de modo que suele existir cierta proporción y equilibrio entre los ingresos de ambos progenitores y ambos están en condiciones de contribuir al mantenimiento de los hijos.¹²⁷ De modo, que en el supuesto de que no exista desproporcionalidad en los ingresos el Tribunal Supremo venía estableciendo que *“cada uno de los progenitores satisfará directamente las atenciones ordinarias de los menores durante el tiempo que permanezcan en su compañía.”*¹²⁸ Y respecto de los gastos extraordinarios se sufragan al 50% así lo reitera el Tribunal Supremo, *“ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%, dada la igualdad de profesión y retribución”*¹²⁹ Para pagar los gastos extraordinarios lo ideal sería la creación de una cuenta común, con aportaciones de ambos progenitores en función de sus capacidades económicas.

Si bien, existen situaciones que recomiendan fijar una pensión alimenticia. Así, LATRHOP sostiene que *“cuando exista desequilibrio económico entre los progenitores, se recomienda fijar una pensión alimenticia que reequilibre las situaciones patrimoniales de los progenitores, atendiendo las circunstancias del caso y siempre y cuando el interés del menor lo justifique”*.¹³⁰ A este respecto se pronuncia la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en su sentencia de 2 de marzo de 2012, que establece como

¹²⁶ LATHROP GÓMEZ, Fabiola, “La custodia compartida de los hijos”, Edit. Wolters Kluwer La Ley, Madrid, 2008, p. 529

¹²⁷ PINTO ANDRADE, Cristóbal, “La custodia compartida; estudio doctrinal introductorio”, Edit. Bosch, Barcelona, 2009, p. 86

¹²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 585/2015, de 21 de octubre de 2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de la Civil, nº 96/2015, de 16 de febrero 2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

¹³⁰ LATHROP GÓMEZ, 2008, p. 531

uniforme la doctrina que se viene aplicando por la llamada jurisprudencia de las Audiencias, según la cual *“en un supuesto de custodia compartida con reparto igualitario de tiempo, sólo procede fijar una pensión alimenticia cuando sea preciso compensar las diferencias patrimoniales que pudieran existir entre los obligados a abonarla.”*¹³¹

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 8 de octubre de 2015, recuerda la doctrina del Tribunal Supremo cuando la custodia compartida no se ejerce con un reparto igualitario de tiempos para ambos progenitores *“no tiene nada de extraño que las situaciones de desigualdad en el tiempo de convivencia con uno y otro progenitor puedan compensarse mediante la correspondiente pensión de alimentos, en cuya fijación habrá que tener en cuenta, además y en su caso, las diferencias de ingresos que puedan existir entre los obligados a su pago.”*¹³².

Ahora bien, muchas personas no quieren adoptar el sistema de custodia compartida porque se ha profundizado el comentario de que la custodia compartida no conlleva el pago de la pensión de alimentos o la atribución de la vivienda, así los progenitores temen perder esos aspectos al establecer la custodia conjunta y como consecuencia de esta idea muchos menores están siendo limitando al ejercicio exclusivo siendo privados del disfrute de ambos progenitores. Pues bien, ante tal comentario el Tribunal Supremo¹³³ en una reciente sentencia, en el que uno de los progenitores entendía que al adoptarse el sistema de guarda y custodia compartida no sería necesario el pago de alimentos, pues estos se satisfacían en el periodo que estuviesen con cada uno, estableció que *“la custodia compartida no exime del pago de alimentos cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges”*

En definitiva, sea cual sea la opción que se adopte, bien el de manutención directa o el de pago de pensión de alimentos, se debe hacer en base al interés superior del menor, y de forma proporcional y ajustada a las necesidades tanto del alimentista, como la situación del alimentante.

¹³¹ Sentencia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, nº 108/2012, de 2 de Marzo de 2012. Ponente: María Elvira Afonso Rodríguez

¹³² Sentencia Audiencia Provincial Tarragona, Sección 1, nº 354/2015, de 8 octubre de 2015. Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, nº 55/2016, de 11 de febrero de 2016. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.

CONCLUSIONES

Llegado a este punto, una vez concluido el estudio del interés del menor en las crisis matrimoniales, es importante hacer una valoración de las cuestiones más destacadas de cada capítulo a modo de conclusión.

1º. En primer lugar, se ha producido una importante evolución ideológica y social en nuestra sociedad, que se ha traducido en una revalorización del menor en su calidad de persona. Anteriormente, se le concedía al menor un status de persona meramente protegida, ahora, al menor se le concede un status de persona autónoma, participe principal en la concreción de su propio interés. Es evidente la evolución que hemos experimentado en la sociedad, de manera positiva, en lo que respecta a la posición del menor. Pues la sociedad, debe estar atenta a las necesidades del niño y garantizarle su status como persona y los bienes y derechos fundamentales de la misma, que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien, todos ellos adecuados a su situación de menor de edad.

2º. De la necesidad de proteger el interés del menor, se hace referencia tanto a nivel internacional, como a nivel estatal y autonómico. Ahora bien, en nuestro Ordenamiento Jurídico constituye un principio general, que determina que, cuando esté en juego el interés del menor habrá de imponerse éste sobre otras soluciones, a menos que haya razones justificadas suficientemente que demuestren la necesidad de la medida restrictiva que ha de ser proporcional. En particular, el art. 39 CE que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección y defensa de los menores de edad. Pero a pesar de la protección que el Ordenamiento le otorga al menor, las situaciones de desprotección siguen ocurriendo, pues los menores son las víctimas más vulnerables en el ámbito familiar, en las rupturas conflictivas de sus progenitores, violencia doméstica, situaciones de desestructuración familiar...

3º. La quiebra del modelo jerárquico de la familia y la mejor ponderación de la posición del menor tanto en la familia como en la sociedad, se ha traducido en normas, que han modificado profundamente el Derecho de la persona y familia. Recientemente, la LO 1/1996 ha sido modificada por la nueva Ley Orgánica 8/2015, de 22 de Julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, junto con la Ley 26/2015, de 28 de Julio. Esta modificación ha tenido lugar por lo importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, reforzando el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia. Esto ha supuesto un avance en cuanto a la protección del menor, en lo que a los procesos de familia se refiere, pues cada vez son más los cónyuges que deciden separarse, y las necesidades de los menores no son las mismas, así que al igual que evoluciona la sociedad, tiene que evolucionar el derecho, en particular el derecho de familia.

4°. De todas las relaciones paterno-filiales, las más significativas son las relaciones que engloban el instituto de la patria potestad. La patria potestad actualmente es un derecho-deber o un derecho- función que tienen los padres y debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, confiriéndole a los progenitores ciertos derechos en aras del cumplimiento efectivo de los deberes que le incumben respecto de los hijos. Así, el TS en su sentencia de 10 de febrero de 2012 establece que *“la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor”*. La regla general es el ejercicio dual de la patria potestad, correspondiéndoles a ambos padres su ejercicio, pero en determinados supuestos este ejercicio puede ser individual. En mi opinión, el ejercicio dual es lo más conveniente para el menor, pues la ruptura de pareja no debe afectar a la relación del menor con ambos progenitores, sin perjuicio de que cuando el comportamiento de uno de ellos suponga un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales, pueda verse privado de ella. Cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2015, que priva al padre de la patria potestad por calificar de graves y reiterados los incumplimientos prolongados en el tiempo, quedando afectada la relación paterno-filial.

5°. No existe una definición concreta del interés del menor, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado que habrá que integrarse en cada caso concreto, correspondiendo al Juez en la aplicación llenarlo de contenido efectivo al juzgar y valorar el supuesto concreto según los hechos, los datos y las circunstancias que rodean al caso concreto. Teniendo en cuenta la dificultad de la concreción del concepto, tanto la doctrina como los tribunales han tratado de elaborar criterios generales para aplicarlos a los supuestos concretos, así como el nuevo art.2 de la LO 1/1996 en el que el legislador ha introducido determinados criterios a tener en cuenta. Estos criterios han de ser valorados en un adecuado juicio de ponderación, presidiendo como regla general el interés del menor como interés superior, y sobre todo teniendo en cuenta que el menor no es algo abstracto e indeterminado, sino que es *“un menor perfectamente individualizado, con nombres y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”* (STS de 13 de febrero de 2015). Así pues, el interés ha de prevalecer en caso de conflicto con otros intereses, pero delimitando o moderando este interés por el principio de proporcionalidad, pues a los progenitores también se han de tener en cuenta.

6°. La guarda y custodia y la patria potestad son dos instituciones distintas, mientras que la patria potestad alude a la representación general de los hijos, la guarda y custodia se centra en la convivencia diaria con ellos. Ahora bien, cuando se produce el cese de la convivencia, los progenitores han de decidir con quién va a convivir el menor, si la separación o el divorcio es de mutuo acuerdo, serán los progenitores los que determinan la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos, así como el régimen de visitas del progenitor no custodio. A falta de acuerdo será el Juez, actuando con el amplio margen de discrecionalidad que le otorga la legislación, así como los criterios establecidos para acordar el régimen de guarda y custodia, quien determinará cuál de ellos ostenta la guarda y custodia, siempre en beneficio del interés del menor y ajustándose a las

necesidades concretas de cada familia. A mi modo de ver, los progenitores deben de sumar esfuerzos y responsabilidades en la vida del menor, sin utilizarlo para herir a un progenitor o a otro. Pues el menor no debe verse afectado por las relaciones de los progenitores. Al respecto cabe destacar el Auto del Juzgado de 1º instancia nº 8 de Gijón, de 22 de junio de 2010 que establece que, *“Ante una crisis matrimonial o de pareja, que conlleve el cese de la convivencia, lo que se rompe es la pareja y no las relaciones parentales de los hijos con cada uno de sus progenitores. Por tanto, ese cese de la convivencia, deben llevarse a cabo, de forma que afecte los menos posible a ese derecho y necesidad de los hijos de estar y relacionarse con cada uno de sus progenitores, y las familias extensas.”*

7º. En nuestro Ordenamiento existen varios modelos de guarda: la guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores, la guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, la guarda atribuida a un tercero y la guarda y custodia conjunta, compartida o sucesiva. Sea cual sea el sistema que se ostente ha de ser el más beneficioso para su interés. Ahora bien, el sistema más aplicado es el de la custodia individual, atribuyéndole el ejercicio a uno de los progenitores de forma exclusiva, originado para el cónyuge no custodio un régimen de visitas, estancias o comunicaciones, que se dan por periodos más breves de tiempo. Este régimen de visitas, nuestro ordenamiento también lo establece respecto de otros parientes o allegados, en particular con los abuelos, pues estos tienen un papel fundamental en la transmisión de valores, estabilidad y desarrollo del menor. A mi juicio, los abuelos tienen un papel fundamental en la vida de los niños, la ruptura de los cónyuges no ha de afectar a la relación con estos, ni con otros parientes, pues siguen siendo personas importantes en la vida del menor y pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos que puede originar la situación de crisis familiar.

8º. Tras la reforma de la Ley 15/2005, se está implantando en nuestra sociedad la atribución de la guarda y custodia compartida. Esta modalidad consiste en establecer una relación viable entre los progenitores, con el objeto de facilitar a los hijos la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y distribuir de manera proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, tras la ruptura de la pareja. Se puede acordar de mutuo acuerdo o como supuesto excepcional puede adoptarla el Juez a instancia de una sola de las partes, previo informe del Ministerio Fiscal. Ante esta excepcionalidad el TS de manera reiterada se ha manifestado considerándola como una medida normal y deseable, al respecto se pronuncia una reciente sentencia 194/2016, de 29 de marzo, en este sentido algunas comunidades autónomas ya la tratan de manera preferente. Respecto a los criterios que ha de tener en cuenta el Juez para adoptar la guarda y custodia compartida el legislador no ha dicho nada, así pues el tribunal supremo en la sentencia 623/2009, de 8 de octubre ha elaborado una serie de criterios de aplicación por el juez para su atribución. La separación o el divorcio de los progenitores no ha de poner fin en las relaciones familiares, pues así esta medida en mi opinión ha de ser tratada de manera prevalente, ya que ambos progenitores son responsables de la formación y desarrollo del hijo,

ambos tienen las mismas obligaciones y derechos con ellos. Esta medida es la más equiparable para ambos progenitores, a parte la más beneficiosa, en términos generales, para el interés del menor. Pues se fomenta que los progenitores mantengan las relaciones, las obligaciones y derechos que tienen los progenitores respecto a los hijos, de acuerdo con los principios de coparentabilidad y corresponsabilidad. Sin dejar de mencionar la falta de regulación legal, que se presenta respecto a la atribución de esta medida, pues el legislador, no hace referencia a los criterios para su atribución pero si establece las causas legales de inadmisión de la custodia compartida, en el art. 92.7 C.c.

9°. El legislador en la Ley 15/2005, introdujo la custodia compartida pero no hizo alusión alguna a la atribución de la vivienda, ni a la pensión de alimentos cuando se atribuye la guarda y custodia compartida a los progenitores. Respecto a la atribución de la vivienda el Juez, en la Reforma de 2005, tenía que haber modificado el art. 96 C.c. Ante este vacío legal, el TS declaró en la sentencia de 24 de Octubre de 2014 que se aplicaría analógicamente el párrafo segundo del art. 96 C.c. por lo que el *Juez decidirá lo procedente*. Por otro lado, respecto a la pensión de alimentos, la Constitución recoge expresamente el deber de alimentos en la filiación en su art. 39. 1 y 3, la jurisprudencia recoge esta obligación legal estableciendo que “*es primordial garantizar el mínimo vital para el desarrollo de los hijos*” pero en lo que a la custodia compartida se refiere, como hemos mencionado el legislador no dice nada, en esta figura ambos padres asumen la calidad de custodios, estando los menores por tiempos iguales o semejantes con ambos, siendo conjunto su cuidado personal. Hay que tener en cuenta que la custodia compartida no exime el pago de la pensión de alimentos. Si bien no existe desproporción económica entre ambos progenitores, deberán sufragar los gastos durante el tiempo que estén en su compañía, pero cabe la posibilidad que habiendo desproporción económica se recomienda fijar una pensión de alimentos, así lo ha dispuesto la jurisprudencia.

Ahora bien, la falta de regulación legal ha llevado a qué los tribunales tenga que fijar sus propios criterios a la hora de abordar el tema de la guarda y custodia compartida, pues el legislador cuando introdujo esta modalidad debería de haber regulado los problemas prácticos que derivan de ella. Existe una necesidad de reformar este sistema, pues la custodia compartida cada vez se está implantando más en nuestra sociedad, y las necesidades acaecidas no son las mismas que cuando se promulgo la Ley 30/1981.

10°. Como conclusión final, el interés del menor ha cobrado más importancia a lo largo de los años, dándole más importancia a la infancia y a su protección. Las necesidades actuales, no son las mismas que las que podían darse hace unos años, por lo que al igual que evoluciona la sociedad también tiene que evolucionar el Derecho de Familia, con el objetivo de proporcionar la solución más adecuada y beneficiosa para los menores, pues estos serán los ciudadanos activos de la sociedad futura.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuña San Martín, M. (Junio de 2015). Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto. *Revista de derecho (Valdivia)*, XXVIII(1), 55-77.
- Aláez Corral, B. (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: tecnos.
- Albaladejo, M. (2006). *Curso de derecho civil IV, derecho de familia*. Madrid : Edisofer .
- Alimentos entre Parientes. (s.f.). *Guía Jurídica*.
- Asensio Sánchez, M. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid: Tecnos.
- Berrocal Lanzarot, A. (Noviembre de 2014). El Interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(746), 3284-3314.
- Campo Izquierdo, Á. (29 de Junio de 2009). Guarda y Custodia Compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal? *Diario la Ley*(7206).
- Castro Martín, R. M. (5 de Octubre de 2011). Ponencia. *Análisis del Sistema de Protección de Menores en el Ámbito del Sistema Judicial*. Sevilla.
- Conclusiones del IV Encuentro de Magistrados y Abogados de Familia y VI Jornada Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales y Secretarios Judiciales. (26,27 y 28 de octubre de 2009). Valencia.
- De la Iglesia Monje, M. (2003). Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y mínimo vital. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(740).
- Derecho de Visita. (s.f.). *Guía Jurídica*.
- García Garnica, M. d. (2008). Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio. En E. a. menor. Pamplona: Aranzadi.
- García Garnica, M. d. (2009). *La protección del menor en las rupturas de pareja*. Pamplona: Aranzadi.
- García Garnica, M. (s.f.). *La necesaria salvaguarda del interés del menor ante las rupturas parentales* . Granada.
- García Pastor, M. (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*. . Madrid: McGraw-Hill.
- Gómez Megías, A. (5 de Abril de 2016). La doctrina del TS sobre guarda y custodia compartida: Sentencias clave. *Diario La Ley, Sección Dossier*(8734).
- Herrera de las Heras, R. (2011). Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida. *Actualidad Civil*(10).

- Herrera de las Heras, R. (2015). La retirada de la patria potestad y el papel de los abuelos. *Diario La Ley*(8553).
- La Patria Potestad. (s.f.). *Guía Jurídica*, Wolters Kluwer La Ley.
- Lathrop Gómez, F. (2008). *La custodia compartida de los hijos*. Madrid: Wolters Kluwer La Ley.
- Lathrop Gómez, F. (2009). La custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas. *Diario La Ley*(7206).
- Pérez Conesa, C. (2013). Analisis crítico de las reformas del Código Civil propuestas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-vMercantil*(8/2013).
- Pérez Vallejo, A. M. (2009). *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Diagnóstico y prospectiva*. Barcelona: Atelier.
- Pérez Vallejo, A. M. (2009). Régimen de "visitas" del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos. En M. d. García Garnica, *La protección del menor en las rupturas de pareja*. Navarra: Aranzadi.
- Pinto Andrade, C. (2009). *La custodia compartida; estudio doctrinal introductorio*. Barcelona: Bosch.
- Pinto Andrade, C. (2011). *La atribución del uso de la vivienda familiar*. Madrid : Bosch.
- Prieto Fernández-Layos, J. (2011). Posibilidad de fijar un sistema predeterminado de distribución de estancias en caso de custodia compartida. Foro abierto. *Boletín de Derecho de Familia El Derecho*(110).
- Rabadán Sánchez-Lafuente, F. (2011). *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Ragel Sánchez, L. (2001). La guardia y custodia de los hijos. (C. d. constitucionales, Ed.) *Derecho privado y constitución*(15), 281-330.
- Régimen de Visita a los menores. (s.f.). *Guía Jurídica*.
- Rivero Hernandez, F. (2007). *El interés del menor*. Madrid : Dykinson.
- Roca Trías, E. (1999). *Familia y cambio social de la casa a la persona*. Madrid : Aranzadi.
- Rocha Espíndola, M. (2013). *Claves para entender las reformas del Derecho de Familia español: Principios informadores*. Valladolid: tesis sin publicar.
- Sánchez Calero, F. (2015). *Curso de derecho civil IV; Derechos de familia y sucesiones (7ª edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Santana Páez, E. (2009). *Los procesos de familia: una visión judicial; Compendio práctico de doctrina y jurisprudencia sobre los procesos de familia y menores*. Madrid: Colex.

Tamayo Haya, S. (2007). La custodia compartida como alternativa legal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(700).

Vázquez Iruzubieta, C. (2005). *Matrimonio y Divorcio*. Madrid: Dijusa.

Yárnoz Yaben, S. (26 y 27 de Mayo de 2011). Ponencia. *Coparentabilidad y adaptación al divorcio de los progenitores*. País Vasco.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA CITADA

-. Sentencia Tribunal Supremo, nº 1085/1996, de 16 de noviembre de 1996. nº rec. 2016/1993. Ponente: Jose Almagro Nosete.

-. Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, Sección 6, nº 379/1999, de 29 de abril de 1999. Ponente: Vicente Ortega Llorca.

-. Sentencia Tribunal Constitucional, nº 1/2001, de 15 de enero de 2001. Ponente: Rafael de Mendizábal Allende

-. Sentencia Tribunal Constitucional, nº 57/2005, de 14 de marzo de 2005. Ponente: Elisa Pérez Vera

-. Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, nº 341/2006, de 26 de mayo de 2006. Nº rec. 100/2006. Ponente: Carmen Neira Vázquez.

-. Sentencia Audiencia Provincial Barcelona, Sección 12, nº 181/2007, de 9 de abril de 2007, nº rec. 774/2006. Ponente: María José Pérez Tormo.

-. Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, nº 31/2008, de 5 de septiembre de 2008. Ponente: Enrique Anglada Fors.

-. Sentencia Tribunal Constitucional, nº 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Ponente: Manuel Aragón Reyes

-. Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, nº 82/2009, de 10 de febrero de 2009. Ponente: Carlos Esparza Olcina.

-. Sentencia Tribunal Supremo, nº 576/2009, de 27 de julio de 2009. nº rec. 543/2005. Ponente: Jesús Corbal Fernández.

-. Sentencia Tribunal Supremo, nº 623/2009, de 8 de octubre de 2009. Ponente: Encarnación Roca i Trías.

-. Juzgado de Primera Instancia Nº8 de Gijón, Auto de 22 de Junio de 2010, nº rec. 512/2010. Ponente: Ángel Luis Campo Izquierdo.

-. Sentencia Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10, nº 156/2011, de 21 de febrero de 2011. Ponente: José Enrique de Motta García.

- Sentencia Juzgado de Primera Instancia Nº 7 de Sevilla, nº 223/2011, de 8 de abril de 2011. Ponente: Francisco de Asís Serrano Castro.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 689/2011, de 20 de octubre de 2011. Ponente: Encarnación Roca i Trías.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 43/2012, de 10 de febrero de 2012. Ponente: Encarnación Roca Trías.
- Sentencia Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1, nº 108/2012, de 2 de marzo de 2012. Ponente: María Elvira Afonso Rodríguez.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 229/ 2012, de 19 de abril de 2012. Ponente: Encarnación Roca i Trías.
- Sentencia Tribunal Constitucional, nº 185/2012, de 17 de octubre de 2012. Ponente: Encarnación Roca i Trías.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 678/2012, de 8 de noviembre de 2012. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 257/2013, de 29 de abril de 2013. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 359/2013, de 23 de mayo de 2013. nº rec. 732/2012. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 495/2013, de 19 de julio de 2013. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 593/2014, de 24 octubre de 2014. nº rec. 2119/2013. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 619/2014, de 30 de octubre de 2014. Ponente: Francisco José Arroyo Fiestas.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 47/2015, de 13 de febrero de 2015. Nº rec. 2339/2013. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 96/2015, de 16 de febrero de 2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, nº 184/2015, de 24 de febrero de 2015. Ponente: Eladio Galán Cáceres.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 111/2015, de 2 de marzo de 2015. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 251/2015, de 8 de mayo de 2015. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.

- Sentencia Tribunal Supremo, nº 282/2015, de 18 de mayo de 2015. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 530/2015, de 25 de septiembre de 2015. Ponente: Eduardo Baena Ruíz.
- Sentencia Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1, nº 354/2015, de 8 de octubre de 2015. Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 585/2015, de 21 de octubre de 2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 621/2015, de 9 de noviembre de 2015. Ponente: Eduardo Baena Ruíz.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 36/2015, de 26 de noviembre de 2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 36/2016, de 4 de febrero de 2016. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 55/2016, de 11 de febrero de 2016. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas.
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 194/2016, de 29 de marzo de 2016. Ponente: Jose Antonio Seijas Quintana.
- Sentencia Audiencia Provincial de Girona, Sección 1, nº 200/2016, de 7 de julio de 2016. Ponente: Fernando Ferrero Hidalgo
- Sentencia Tribunal Supremo, nº 559/2016, de 21 de Septiembre de 2016. Ponente: Francisco José Arroyo Fiestas.
- Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12, nº 652/2016, de 21 de septiembre de 2016. Ponente: Raquel Alastruey Gracia.
- Sentencia Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4, nº 540/2016, de 29 de septiembre de 2016. Ponente: Carlos Moreno Millán.
- Sentencia Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6, nº 270/2016, de 30 de septiembre de 2016. Ponente: María Elena Rodríguez- Vigil Rubio.